

Manuale di diritto commerciale internazionale

a cura di Marco Tupponi

con la collaborazione di

C. Cacciamani, G. De Marinis, D.P. Esposito, E. Greppi,
M. Lenoci, A. Montefinese, L. Piccinino, A. Russo

QUARTA EDIZIONE



Giappichelli

Prefazione

Per prima cosa gli Autori vogliono ringraziare l'Editore per la fiducia accordata ed i Lettori che hanno supportato questo Manuale che è giunto alla sua IV edizione.

Perché un Manuale di Diritto Commerciale Internazionale?

Per gli studenti dei nostri Corsi di Laurea all'Università, per i nostri discenti nei Master e nei Corsi di Formazione, per i Professionisti, per gli *Export Manager* e per tutti quei Soggetti pubblici e privati che desiderano acquisire delle solide basi sulle problematiche tecniche connesse al Diritto Commerciale Internazionale ed ai Processi di Internazionalizzazione d'Impresa comprendendo anche la nascita e lo sviluppo storico e culturale degli Istituti Giuridici spiegati anche in modo comparato.

L'attuale realtà internazionale, così come il processo di globalizzazione dei mercati, coinvolge tutti i settori economici e richiede agli operatori, in special modo alle imprese, *know how* specializzato e risorse in grado di favorire un progressivo aumento della competitività e delle conoscenze.

Gli argomenti sono trattati in modo e semplice anche per i “non addetti ai lavori”. Ci si è occupati dei contratti, dei rapporti societari internazionali, dei sistemi di pagamento, delle garanzie bancarie internazionali, della disciplina doganale, del diritto dei trasporti, delle norme valutarie legate alle cryptovalute, alla blockchain ed agli smart contracts, della fiscalità internazionale, dell'*e-commerce*, della disciplina dei lavoratori italiani all'estero, dei progetti comunitari, delle regole comparate sulla procedura fallimentare e la crisi d'impresa, del diritto industriale.

In Italia tale spinta verso i mercati esteri ha avuto un'impennata negli ultimi quindici anni a causa della saturazione del mercato interno ed in parte anche di quello UE, richiedendo sempre maggiore professionalità e competenza nell'applicazione del diritto commerciale internazionale non solo per le poche imprese molto strutturate e già abituate al confronto con realtà internazionali, ma anche e soprattutto per la Micro, Piccola e Media Impresa che costituisce l'ossatura del sistema economico italiano incluse le start up.

Il paragrafo 4.11 sul Contratto di Rete vuole essere di stimolo per le micro, piccole e medie imprese italiane ad aggregarsi con un valido “programma di rete” per fare “massa critica” ed essere più adeguate ad affrontare le sfide richieste dalla globalizzazione.

Il Manuale inoltre si prefigge l'obiettivo di portare a sistema una materia, quella dei rapporti commerciali tra soggetti aventi sede in Stati differenti, che non consiste nella semplice “lettura” di un ordinamento giuridico omogeneo proveniente da un'unica fonte, bensì composto da un quadro normativo dalle tante sfaccettature, che si compone di fonti scritte e non scritte (normative domestiche e internazionali, convenzioni/trattati, atti, norme e decisioni di organizzazioni sovranazionali, lodi arbitrali, sentenze, usi).

Il Manuale entra subito in “*medias res*” ricostruendo, dove è stato ritenuto utile, an-

che il percorso storico che ha portato alla creazione dello specifico istituto giuridico, ma senza preamboli che possano distogliere il lettore dalla ricerca delle soluzioni più appropriate, inserite in un quadro sistematico e dogmatico della materia. Si articola in 17 capitoli ricchi di spunti teorici, ma anche e soprattutto con un occhio attento ai risvolti pratici e operativi frutto della pluriennale esperienza avuta “sul campo” dagli Autori alcuni dei quali integrano l’attività strettamente professionale con l’insegnamento universitario.

Filo conduttore dell’opera è stato, fin dalla prima edizione, la ricerca di soluzioni preventive basate sulla conoscenza delle singole problematiche e conseguentemente utili ad evitare l’insorgere di patologie nei rapporti contrattuali e commerciali.

Ovviamente ciò non significa che, nella stesura del contratto e nelle strategie poste in essere per penetrare i mercati esteri non si debba, comunque, avere una forte attenzione agli aspetti processuali e di soluzione delle controversie che però si auspica costituiscano ipotesi soltanto residuali.

GLI IMPRENDITORI PER IL SUCCESSO DEL PROPRIO BUSINESS NON MIRANO A VINCERE UNA CAUSA, MA AUSPICANO A NON ANDARE IN CAUSA.

Da ultimo un accenno agli Autori: sono tutti professionisti e docenti che si occupano delle problematiche inerenti il commercio estero ed i servizi per l’internazionalizzazione dell’impresa, operando nei settori legale, doganale, fiscale, finanziario, logistico e del diritto industriale.

Il legame che li unisce è non solo appartenere al medesimo **Studio Legale Professionale, Tupponi, De Marinis Russo & Partners** (www.tupponi-demarinis.it), ma anche all’Associazione “**COMMERCIOESTERO NETWORK**” (www.commercioestero.net), nata dalla pluriennale esperienza professionale dei suoi fondatori, che si propone come stimolo e strumento di studio, promuovendo il permanente aggiornamento professionale e la divulgazione, anche tramite la Rivista *on line* “**AE Attività con l’Estero**” (www.attivitaconlestero.net) delle tematiche connesse ai processi di internazionalizzazione.

Marco Tupponi

Forlì, 3 febbraio 2023



Capitolo 1

Le normative vigenti: normativa valutaria, normativa antiriciclaggio e antiterrorismo, monitoraggio fiscale

di *Alessandro Russo e Marco Tupponi*

SOMMARIO: 1.1. Introduzione. – 1.2. La normativa valutaria. – 1.2.1. La comunicazione valutaria statistica. – 1.2.2. La disciplina a partire dal 2008. – 1.3. La Normativa Antiriciclaggio. – 1.3.1. Obblighi di adeguata verifica della clientela. – 1.3.2. Obblighi di conservazione. – 1.3.3. Obblighi di segnalazione. – 1.3.4. Obblighi di comunicazione. – 1.3.5. Sanzioni. – 1.3.6. Unità di informazione finanziaria. – 1.3.7. Limitazioni all'uso del contante e dei titoli al portatore. – 1.3.8. Le cryptovalute e l'antiriciclaggio. – 1.3.9. La *blockchain* come "veicolo" per far transitare le cryptovalute. – 1.3.10. Gli *Smart Contract* come modo innovativo per concludere operazioni contrattuali e per trasferire cryptovalute. – 1.4. La Normativa antiterrorismo.

1.1. *Introduzione*

Nel corso del presente capitolo verranno trattati alcuni temi riguardanti le attuali normative vigenti che costituiscono adempimenti necessari per gli operatori in quanto previsioni obbligatorie dalle quali discende, in caso di mancata osservanza, l'applicazione di sanzioni non soltanto per il soggetto che le pone in essere, ma anche per l'operatore (bancario e non) intermediario che pone in essere l'operazione. Verranno trattati i temi riguardanti la normativa valutaria, la normativa antiriciclaggio e la normativa antiterrorismo.

1.2. *La normativa valutaria*

La liberalizzazione del sistema valutario è frutto di un graduale processo che ha interessato la normativa sin dal secondo dopoguerra. Si è passati infatti da un sistema decisamente restrittivo che prevedeva una fitta serie di limitazioni e controlli ad un graduale processo di liberalizzazione iniziato alla fine degli anni '80 con l'istituzione del Testo Unico Valutario (TUV). Fino al 1988 infatti l'operatività con l'estero dei residenti non era libera, prevedeva l'obbligo di cessione della valuta estera all'Ufficio Italiano Cambi, il c.d. "benestare bancario" avente funzione doganale e valutaria nonché l'obbligo di canalizzazione bancaria di tutti i pagamenti in entrata ed in uscita con l'estero.

Come precedentemente detto la liberalizzazione è stata graduale. Con l'emanazione

del TUV sono state eliminate alcune restrizioni (ad es. il benessere bancario e l'elenco delle operazioni ammesse) e contemporaneamente istituita la libertà di acquistare immobili all'estero, ottenere senza limiti valuta straniera a fini turistici, acquisto di titoli all'estero. Tuttavia rimase il monopolio del regime dei cambi e l'obbligo di canalizzazione bancaria delle operazioni. Allo stesso periodo risale l'istituzione dell'obbligo della Comunicazione Valutaria Statistica (CVS).

Una seconda e più completa spinta verso la liberalizzazione si è avuta poi nel 1990 con l'emanazione di un Decreto Ministeriale che, tra le altre previsioni, abrogava il monopolio dei cambi e la canalizzazione bancaria per tutte le operazioni, prevedeva la possibilità di effettuare e ricevere pagamenti in valuta estera anche in rapporti con soggetti residenti e che aboliva ogni restrizione in merito alla possibilità di detenere valuta estera.

Nonostante le riforme introdotte sopramenzionate la disciplina, pur avendo sancito la completa libertà valutaria nelle operazioni con l'estero, prevedeva alcuni adempimenti di carattere transitorio da rispettare nell'effettuazione delle singole operazioni. Tali adempimenti hanno riguardato, fino alla fine del 2007, quanto di seguito elencato l'obbligo di informazione (tramite CVS) per le operazioni di importo superiori ai 12500 euro o contro valore e tale soglia, a prescindere dal valore del contratto sottostante, si riferiva, sino al 2007 incluso, al valore del singolo atto doganale. A partire dal 2008 la soglia di esenzione (12500) è stata elevata a 50000 per operazioni svolte tra residenti e non residenti UE (più Islanda, Liechtenstein, Norvegia e Svizzera). Per le operazioni tra residenti e non residenti extra UE la soglia è rimasta pari a 12500 euro. A partire dal 2008 è stata inoltre abolita la segnalazione di CVS per le operazioni correnti mercantili, perciò non c'è più la necessità di segnalare le causali valutarie relative al regolamento di tali operazioni.

1.2.1. *La comunicazione valutaria statistica*

La comunicazione Valutaria statistica era il modulo da utilizzare per le comunicazioni obbligatorie di cui sopra, ma aveva principalmente un fine statistico e riguardava sia le operazioni cosiddette canalizzate (realizzate attraverso le banche) sia le operazioni non canalizzate. I termini per l'invio della CVS erano differenziati a seconda se l'operazione fosse avvenuta tramite il canale bancario o meno.

1.2.2. *La disciplina a partire dal 2008*

Il sistema descritto in precedenza è stato sostituito, a partire dal 1° gennaio 2008, dal D.Lgs. n. 195/2008.

A partire dal 1° gennaio 2009 non viene fatta più alcuna distinzione tra trasferimenti extracomunitari ed intracomunitari in quanto il regolamento sopracitato, pur disciplinando i trasferimenti al di fuori dell'Unione europea, in mancanza di preclusioni, ha portato il legislatore italiano ad estendere tale disposizione anche ai trasferimenti intracomunitari.

Secondo il decreto legislativo citato oggetto della dichiarazione è il denaro contante, intendendosi per tale non soltanto le banconote, ma anche tutti gli strumenti negoziabili emessi al portatore.

In caso di mancata dichiarazione risultano esser state inasprite le sanzioni (tra le quali è previsto ora il sequestro di parte del “contante” rinvenuto).

Importanti sono le novità sul monitoraggio dei trasferimenti da e verso l'estero posto a carico degli intermediari finanziari e di alcuni operatori non finanziari. L'aspetto più controverso riguarda la retroattività del provvedimento.

Il D.L. n. 73/2022 c.d. “Decreto Semplificazioni” modifica l'art. 1 del D.L. n. 167/1990 convertito in L. n. 227/1990 in tema di rilevazioni fiscali di alcuni trasferimenti da e per l'estero di denaro, titoli e valori.

La disposizione, vigente da tempo, prevede che gli intermediari finanziari in generale, ma non solo, sono obbligati a segnalare i trasferimenti, da e verso l'estero, dei mezzi di pagamento, eseguiti per conto o a favore di persone fisiche, enti non commerciali, società semplici e associazioni ad esse equiparate ai sensi dell'art. 5 del TUIR.

Dal 22 giugno 2022, con l'entrata in vigore del D.L. n. 73/2022, sono subentrate due importanti novità.

La prima novità consiste nell'abbassamento del limite delle operazioni da comunicare che, da € 15.000 scende a € 5.000, valore a partire dal quale scatterà la comunicazione.

La seconda novità consiste nella retroattività del periodo temporale oggetto della stretta. Infatti, il comma 2 dell'art. 16 del predetto D.L. n. 73/2022 prevede che la disposizione del comma precedente (che ha abbassato il limite delle comunicazioni a € 5.000) si applichi a partire dalle operazioni effettuate nel 2021.

La manovra è evidentemente una stretta del sistema informativo, al fine di conoscere le operazioni che per rilevanza d'importo, potenzialmente, potrebbero nascondere illeciti anche in tema di antiriciclaggio, e che comunque si ritiene opportuno rilevare nell'ambito del monitoraggio fiscale.

La retroattività però lascia alquanto perplessi, perché “nei nostri comportamenti si è sempre portati a pensare che, se le regole cambiano, ciò possa avvenire da un certo momento in avanti, senza rimettere in discussione ciò che è avvenuto in un tempo in cui il comportamento era considerato sotto una luce diversa.”

1.3. La Normativa Antiriciclaggio

Il riciclaggio è il fenomeno attraverso il quale avviene la reintroduzione del denaro proveniente da reati nell'economia legale, al fine di dissimularne o occultarne l'illecita provenienza. Al pari delle imprese, anche l'imprenditoria criminale si internazionalizza e pertanto sempre più spesso si assiste ad operazioni finanziarie aventi il mero scopo di riciclare capitali di illecita provenienza mediante transazioni internazionali attuate molte volte con il supporto fornito dai c.d. paradisi fiscali.

La prevenzione del riciclaggio ha un ruolo strategico per l'azione di repressione di fenomeni criminali ed è basata sui seguenti obblighi:

- adeguata verifica della clientela;
- registrazione e conservazione dei dati relativi ai rapporti continuativi e alle operazioni effettuate;
- adozione di adeguate procedure organizzative e misure di controllo interno;
- segnalazione di operazioni sospette.

Ulteriore strumento di prevenzione del riciclaggio è rappresentato dalla previsione di norme che pongono limitazioni all'uso del contante e dei titoli al portatore.

La disciplina antiriciclaggio, derivante sia da fonti internazionali e comunitarie che da fonti nazionali, stabilisce l'obbligo, per gli intermediari finanziari (ed altri soggetti che svolgono attività ritenute dalla legge suscettibili di utilizzazione a scopo di riciclaggio), di collaborare con la UIF (vedi in seguito).

Un contributo fondamentale nel processo di armonizzazione normativa è stato fornito dal Gruppo di Azione Finanziaria Internazionale (GAFI), che rappresenta il principale organismo internazionale attivo nel contrasto al riciclaggio ed al finanziamento del terrorismo, ed ha predisposto un complesso corpo di regole internazionalmente riconosciute. Le fonti internazionali sono costituite da Convenzioni emanate dalle principali organizzazioni internazionali competenti in materia (ONU e Consiglio d'Europa) mentre la collaborazione internazionale si realizza tra le FIU (per l'Italia l'acronimo è UIF) dei vari Stati. A livello comunitario la produzione normativa è stata notevole con un continuo susseguirsi di direttive in materia, a partire dalla Direttiva 2005/60/CE (c.d. III Direttiva), seguita poi dalla Direttiva (UE) 2015/849 (c.d. "IV Direttiva Antiriciclaggio") e da ultimo dalla Direttiva 2018/843 del 30 maggio 2018 (c.d. "V Direttiva Antiriciclaggio"), recepita in Italia con il **D.Lgs. n. 125/2019** che obbliga tutti i prestatori di servizi sia relativi all'utilizzo di valuta virtuale sia di portafogli virtuali a segnalare operazioni sospette in quanto tali soggetti fungono da "presidi anti riciclaggio".

Tra le principali novità della V Direttiva si segnalano:

- un maggiore accesso alle informazioni sui titolari effettivi, in modo da migliorare la trasparenza sulla titolarità delle società e dei trust;
- l'attenzione ai rischi connessi alle carte prepagate e alle valute virtuali;
- la cooperazione tra le unità di informazione finanziaria;
- il potenziamento dei controlli sulle operazioni che coinvolgono paesi terzi ad alto rischio.

Sono aumentati i soggetti obbligati a conformarsi agli obblighi antiriciclaggio, che ora ricomprendono anche:

- i prestatori di servizi di cambio tra valute virtuali e valute legali;
- i prestatori di servizi di portafoglio digitale;
- i galleristi;
- i gestori di case d'asta e gli antiquari.

Da ultimo si segnalano notevoli modifiche intervenute sugli obblighi di adeguata verifica.

Per quanto riguarda la normativa italiana, come si diceva, è stato emanato il D.Lgs. n. 125/2019 che ha recepito la V Direttiva.

Tra i profili di maggior interesse contenuti nel testo del Decreto, occorre anzitutto menzionare l'inclusione tra i soggetti tenuti al rispetto degli obblighi di cui al D.Lgs. 4 ottobre 2019, n. 125 degli intermediari bancari e finanziari e le imprese assicurative aventi sede legale e amministrazione centrale in un altro Stato membro, stabiliti senza succursale sul territorio della Repubblica Italiana, così come i nuovi obblighi in materia di autovalutazione del rischio e le nuove disposizioni in materia di segnalazioni delle operazioni sospette da parte dei soggetti obbligati.

Tra gli altri aspetti il Decreto in oggetto, che si applica anche agli intermediari "*cross-border*" operanti in Italia, prevede:

- l'estensione del c.d. *risk based approach* ed un nuovo regime degli obblighi (rafforzati e semplificati) di adeguata verifica della clientela;
- misure volte a conferire maggiore chiarezza e accessibilità alle informazioni sulla titolarità effettiva dei rapporti, specialmente con riferimento a società e trust;
- obblighi di segnalazione delle operazioni e di conservazione della relativa documentazione;
- un complesso regime sanzionatorio.

Persone politicamente esposte

L'art. 1, comma 2, lett. *dd*), del Decreto ridefinisce la categoria delle persone politicamente esposte (c.d. PEPs), includendovi tra gli altri: gli assessori regionali; i sindaci di città metropolitane; i sindaci di comuni con popolazione non inferiore a 15 mila abitanti; i parlamentari europei; gli esponenti di imprese controllate, anche indirettamente, in misura prevalente o totalitaria da comuni, capoluoghi di provincia e città metropolitane e da comuni con popolazione complessivamente non inferiore a 15 mila abitanti, nonché i direttori generali di ASL e di aziende ospedaliere, di aziende ospedaliere universitarie e degli altri enti del servizio sanitario nazionale.

Soggetti obbligati

Il nuovo art. 3 del Decreto comprende tra i soggetti obbligati anche le Società di Investimento a Capitale Fisso (SICAF), i soggetti che erogano microcredito, i confidi, i consulenti finanziari autonomi e le società di consulenza finanziaria.

Sono soggetti alla normativa antiriciclaggio anche gli intermediari bancari e finanziari e le imprese assicurative con sede legale e amministrazione in un altro Stato membro, stabiliti senza succursale sul territorio italiano.

Progetti Normativi di regolamentazione delle cryptoattività ancora "in cantiere"

In particolare:

- la Raccomandazione 15 della *Financial Action Task Force*;
- la Guida *Virtual Assets and Virtual Assets Service Providers*;
- la proposta di regolamento UE riguardante i dati informativi che accompagnano i trasferimenti di fondi e determinate cryptoattività;
- lo schema di Regolamento UE relativo ai mercati delle cryptoattività – MiCAR che dovrebbe entrare in vigore nel 2024;
- il Progetto OCSE, *Crypto-Asset Reporting Framework and Amendments to the Common Reporting Standard* – CARF.

In tutti questi progetti e soprattutto nel CARF, vi è la tendenza ad estendere i sistemi di vigilanza e gli obblighi di trasparenza e scambio di informazioni previsti per lo scambio di informazioni per le attività finanziarie ad ogni strumento digitale che assumi le caratteristiche di rappresentare un valore e di essere negoziabile.

1.3.1. *Obblighi di adeguata verifica della clientela*

Per quanto concerne gli obblighi di adeguata verifica della clientela, l'art. 17 del Decreto prevede, ora, che i soggetti obbligati debbano procedere all'adeguata verifica del cliente e del titolare effettivo in occasione dell'instaurazione del rapporto continuativo o del conferimento dell'incarico.

Inoltre, l'adeguata verifica del cliente e del titolare effettivo deve essere effettuata, per le operazioni occasionali, non solo per le movimentazioni pari o superiori a 15.000 euro ma anche per il trasferimento di fondi superiore a 1.000 euro (ad esempio, il *money transfer*).

Nella prestazione di servizi di pagamento e nell'emissione e distribuzione di moneta elettronica, le banche, Poste Italiane S.p.A., gli istituti di pagamento e gli istituti di moneta elettronica, ivi compresi quelli con sede in altro Stato membro, nonché le succursali, devono osservare gli obblighi di adeguata verifica della clientela anche per le operazioni occasionali di importo inferiore a 15.000 euro.

Per quanto riguarda gli obblighi dei clienti in relazione all'adeguata verifica, l'art. 21 prevede per le imprese dotate di personalità giuridica tenute all'iscrizione nel Registro delle imprese e le persone giuridiche private diverse dalle imprese tenute all'iscrizione nel Registro delle persone giuridiche private, l'obbligo di comunicare al Registro le informazioni attinenti la propria titolarità effettiva. Prosegue poi prevedendo che i *trust* produttivi di effetti giuridici rilevanti a fini fiscali sono tenuti all'iscrizione in una apposita sezione speciale del Registro delle imprese.

Ai sensi del successivo art. 22 del Decreto, le imprese dotate di personalità giuridica e le persone giuridiche private devono ottenere e conservare, per almeno cinque anni, informazioni adeguate, accurate e aggiornate sulla titolarità effettiva delle proprie organizzazioni e fornirle ai soggetti obbligati, in occasione degli adempimenti strumentali all'adeguata verifica della clientela.

1.3.2. *Obblighi di conservazione*

È venuto meno il precedente obbligo di tenuta dell'archivio unico informatico per gli intermediari bancari e finanziari. Il Decreto si limita a prescrivere, con riferimento agli obblighi di comunicazione, che i sistemi di conservazione dei documenti, dei dati e delle informazioni debbano consentire la ricostruzione univoca di determinati elementi essenziali quali la data di instaurazione del rapporto continuativo o del conferimento dell'incarico; i dati identificativi del cliente, del titolare effettivo e dell'esecutore e le informazioni sullo scopo e la natura del rapporto o della prestazione; la data, l'importo e la causale dell'operazione; i mezzi di pagamento utilizzati. Tali sistemi di conservazione dei documenti devono altresì essere idonei a garantire il rispetto delle norme in materia di protezione dei dati personali.

1.3.3. *Obblighi di segnalazione*

Il vecchio decreto prevedeva l'obbligo per gli intermediari bancari e finanziari di inviare alla UIF una segnalazione di operazione sospetta (c.d. SOS) ogniqualvolta sussistesse il sospetto che fossero in corso o che fossero state compiute o tentate operazioni di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo.

Costituiva elemento di sospetto – ai sensi della vecchia disciplina – il ricorso frequente o ingiustificato a operazioni in contante e, in particolare, il prelievo o il versamento in contante con intermediari finanziari di importo pari o superiore a 15.000 euro costituiva già un elemento di sospetto ed era necessario, senza ritardo, attivarsi per la segnalazione.

Secondo la nuova normativa è considerato ora elemento di sospetto “il ricorso frequente o ingiustificato a operazioni in contante e, in particolare, il prelievo o versamento in contante di importi non coerenti con il profilo di rischio del cliente”. È stato eliminato il riferimento alla somma di 15.000 euro.

La segnalazione all’UIF deve, inoltre, essere di regola effettuata prima di compiere l’operazione.

1.3.4. *Obblighi di comunicazione*

Il vecchio testo prevedeva una serie di obblighi di comunicazione a carico degli organi di controllo dei soggetti obbligati (collegio sindacale, consiglio di sorveglianza, comitato di controllo di gestione, organismo di vigilanza e tutti i soggetti incaricati del controllo di gestione comunque denominati) in relazione a tutti gli atti o i fatti potenzialmente idonei a costituire una violazione della normativa in questione, di cui fossero venuti a conoscenza nell’esercizio dei propri compiti.

Il Decreto vigente invece, all’art. 46, prevede che l’obbligo di comunicare le operazioni potenzialmente sospette e i fatti potenzialmente idonei a integrare violazioni degli obblighi previsti dal Decreto residuino solo in capo al collegio sindacale, al consiglio di sorveglianza e al comitato per il controllo sulla gestione, restando ora escluso l’organismo di vigilanza *ex D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231*.

Segnalazione di violazioni

È stato introdotto l’obbligo di adottare procedure interne volte ad incentivare segnalazioni di violazioni, potenziali o effettive delle disposizioni in materia di antiriciclaggio da parte del personale dipendente (c.d. “*whistleblowing*”).

1.3.5. *Sanzioni*

Per quanto riguarda l’apparato sanzionatorio, il nuovo art. 55 del Decreto, relativo alle sanzioni penali, distingue più nettamente le fattispecie delittuose da quelle contravvenzionali:

- si configurano come delitti soltanto le condotte di grave violazione degli obblighi di adeguata verifica, conservazione dei documenti e fornitura di dati falsi per la verifica, realizzate con frode o falsificazione;
- quando la violazione degli obblighi di comunicazione non integra gli estremi della falsità o della frode, l’illecito penale ha carattere di contravvenzione.

Il Decreto dedica, invece, una nutrita serie di articoli le sanzioni amministrative. Rispetto alla disciplina previgente, che rinviava per il procedimento di accertamento e irrogazione della sanzione alla legge di depenalizzazione 24 novembre 1981, n. 689, il nuovo testo delinea un procedimento sanzionatorio specifico e detta particolari disposizioni sui criteri di determinazione della sanzione e sul pagamento in forma ridotta.

1.3.6. *Unità di informazione finanziaria*

L'Unità di Informazione Finanziaria (UIF) rappresenta la *Financial Intelligence Unit* italiana, ovvero la struttura nazionale incaricata di prevenire e contrastare il riciclaggio e il finanziamento del terrorismo.

La UIF è stata istituita presso la Banca d'Italia il 1° gennaio 2008, ai sensi del summenzionato D.Lgs. n. 231/2007 attuativo della Direttiva 2005/60/CE il quale ha soppresso l'Ufficio Italiano dei Cambi, presso cui la *Financial Intelligence Unit* era precedentemente collocata. La UIF esercita le proprie funzioni in autonomia e indipendenza, avvalendosi di risorse umane e tecniche, di mezzi finanziari e di beni strumentali della Banca d'Italia.

Per prevenire e contrastare il riciclaggio e il finanziamento del terrorismo, la UIF analizza le operazioni sospette segnalate dagli intermediari finanziari e da altri soggetti obbligati, nonché ogni atto/fatto che potrebbe essere correlato a casi di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo; a tal fine coopera con le autorità e le forze di polizia competenti.

La UIF svolge inoltre ulteriori funzioni tra le quali:

- svolge analisi e studi dei flussi finanziari, nonché analisi statistiche dei dati aggregati trasmessi su base mensile dai soggetti obbligati;
- collabora con le competenti autorità per l'emanazione della normativa secondaria;
- svolge funzioni di controllo, ispettive, di avvio dei procedimenti sanzionatori nelle materie di propria competenza;
- coopera con le altre Autorità nazionali impegnate nel contrasto al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo e con analoghe FIU estere;
- partecipa ai lavori di vari organismi internazionali e comunitari (GAFI, altre FIU dei Paesi UE).

1.3.7. *Limitazioni all'uso del contante e dei titoli al portatore*

Ai fini della normativa antiriciclaggio l'art. 49 del D.Lgs. n. 231/2007 prevedeva che i trasferimenti fra due soggetti di contante, libretti di risparmio al portatore, certificati di deposito, obbligazioni o altri titoli al portatore, in euro o in altra valuta, se – unitariamente o sommati – pari o superiori al 5.000 euro, non potevano essere effettuati mediante trasferimento diretto bensì avvenire per il tramite di Banche, Poste Italiane, oppure altro Istituto di Moneta Elettronica.

In materia di assegni, sempre l'art. 49, stabiliva che gli assegni bancari e postali venissero rilasciati dalle banche e da Poste Italiane S.p.A. muniti della clausola di non trasferibilità. Per quanto riguarda le limitazioni all'uso del contante e dei titoli al portatore erano previste aspre sanzioni con lo scopo di scoraggiare l'utilizzo di strumenti di pagamento anonimi.

Sempre nell'ambito del D.Lgs. n. 231/2007, in materia di prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo è stabilito l'obbligo da parte degli intermediari finanziari di comunicare periodicamente all'Unità di Informazione Finanziaria (UIF) istituita presso la Banca d'Italia, l'entità delle operazioni finanziarie ritenute sospette e ad alto rischio di riciclaggio.

Con un provvedimento del 28 marzo 2019, l'UIF ha stabilito nuove Istruzioni in materia di comunicazioni oggettive in vigore a partire dal mese di aprile 2019.

L'Unità di Informazione Finanziaria della Banca di Italia ha introdotto infatti un nuovo criterio di comunicazione dei dati ai fini di prevenire il riciclaggio o il finanziamento al terrorismo. Tale criterio prevede che gli intermediari finanziari dovranno comunicare i dati dei clienti e gli estremi dell'operazione relativa a movimentazioni di denaro contante di importo pari o superiore a 10.000 euro nel corso di un mese.

Verranno prese in considerazione anche le operazioni di versamento o prelievamento effettuate dal medesimo cliente o esecutore, (cioè il soggetto delegato che opera in nome e per conto del cliente), attraverso più operazioni singole di importo pari o superiori a 1.000 euro.

1.3.8. Le cryptovalute e l'antiriciclaggio

La Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio del 30 maggio 2018 – 2018/843 che modifica la Direttiva (UE) 2015/849 relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo e che modifica le Direttive 2009/138/CE in tema di «moneta elettronica», cioè quella “moneta” il cui valore monetario è memorizzato elettronicamente, ivi inclusa la memorizzazione magnetica, rappresentato da un credito nei confronti dell'emittente che sia emesso dietro ricevimento di fondi per effettuare operazioni di pagamento ai sensi dell'articolo 4, punto 5), della Direttiva 2007/64/CE e che sia accettato da persone fisiche o giuridiche diverse dall'emittente di moneta elettronica e che la Direttiva 2013/36/UE definisce “**valuta virtuale una rappresentazione di valore digitale che non è emessa o garantita da una banca centrale o da un ente pubblico, non è legata necessariamente a una valuta legalmente istituita e non possiede lo status giuridico di valuta o denaro, ma è accettata da persone fisiche o giuridiche come mezzo di scambio, e che può essere trasferita, memorizzata e scambiata elettronicamente.**”.

La Banca d'Italia in un *Occasional Paper* del 18 marzo 2019 ha avuto modo di precisare che: le *cryptovalute*:

“non sono moneta legale di stato – *fiat money* –, depositi o fondi, né una passività di una Istituzione e nemmeno una moneta avente un valore intrinseco – *outside money* – come l'oro o l'argento”.

Su questo tema recentemente è stato inoltre introdotto il D.Lgs. 8 novembre 2021, n. 184 in Attuazione della Direttiva (UE) 2019/713 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 17 aprile 2019, relativa alla lotta contro le frodi e le falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dai contanti e che sostituisce la decisione quadro 2001/413/GAI del Consiglio.

L'Art. 1 Definizioni – recita:

1. Agli effetti della legge penale si intende per:

a) «*strumento di pagamento diverso dai contanti*» un dispositivo, oggetto o *record* protetto immateriale o materiale, o una loro combinazione, diverso dalla moneta a corso legale, che, da solo o unitamente a una procedura o a una serie di procedure, permette al titolare o all'utente di trasferire denaro o valore monetario, anche attraverso mezzi di scambio digitali;

b) «*dispositivo, oggetto o record protetto*» un dispositivo, oggetto o *record* protetto contro le imitazioni o l'utilizzazione fraudolenta, per esempio mediante disegno, codice o firma;

c) «*mezzo di scambio digitale*» qualsiasi moneta elettronica definita all'articolo 1, comma 2, lettera h-ter, del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e la valuta virtuale.

Da queste definizioni si ricava che le *cryptovalute* costituiscono oggetto di diritti e come tali hanno la possibilità economica e giuridica di circolare.

Bitcoin è una moneta virtuale nata nel 2009 ed è la prima *cryptovaluta* della storia.

La sua creazione viene attribuita a Satoshi Nakamoto che in realtà è uno pseudonimo, dunque la reale identità del creatore di *Bitcoin* è sconosciuta.

Trattasi di una moneta virtuale la quale permette transazioni e scambi di queste grazie alla tecnologia *blockchain*.

A differenza delle transazioni che avvengono sul mercato di capitali tradizionale (cioè la borsa), *Bitcoin* e le *blockchain* non sono controllate da banche o da un unico soggetto proprio in virtù del loro carattere peculiare cioè essere decentralizzate; conseguentemente, la validazione delle singole transazioni si basa su meccanismi “*peer to peer*” di consenso e sui nodi – *computers* – i quali, tramite il lavoro dei “*miners*” validano materialmente, con complicati calcoli matematici, le transazioni e le aggiungono ai blocchi che formano la *blockchain*.

La sequenza dei “blocchi” è garantita dagli *hash* (una sorta di “impronta digitale” informatica).

Nel 2009 *Bitcoin*, valeva pochi dollari, sino a giungere nel 2021 al suo valore record di 61.000\$.

Per acquistare *Bitcoin* e, più in generale qualsiasi *cryptovaluta*, è necessario possedere un *wallet* (cioè un “portafoglio virtuale”) che solitamente è rappresentato da una stringa alfanumerica che funge da indirizzo per le transazioni, al pari di un classico IBAN.

Le transazioni per essere finalizzate, utilizzano due chiavi crittografiche: una privata e una pubblica.

Quelle private hanno il ruolo fondamentale di validare le transazioni, al pari della sottoscrizione di un contratto tra due parti.

Quella pubblica, invece, è fruibile da chiunque avendo questa la mera funzione di individuare a chi indirizzare la transazione.

Il *Bitcoin* non deve essere confuso con il concetto di moneta elettronica.

Secondo la Direttiva n. 2009/128/CE la **moneta elettronica** è “*il valore monetario memorizzato elettronicamente, ivi inclusa la memorizzazione magnetica, rappresentato da un credito nei confronti dell'emittente che sia emesso per effettuare operazioni di pagamento (...) e che sia accettato da persone fisiche e giuridiche diverse dall'emittente*”.

Da questa definizione possiamo notare che il *Bitcoin* non può essere considerato moneta elettronica dato che non è prevista la ricezione di fondi.

Inoltre l'art. 11, comma 2 della stessa Direttiva recita: “*Gli Stati membri assicurano che, su richiesta del detentore di moneta elettronica, gli emittenti di moneta elettronica rimborsino, in qualsiasi momento e al valore nominale, il valore monetario della moneta elettronica detenuta*”, questo requisito nell'ambito delle *cryptovalute* non può essere soddisfatto perché tutte le transazioni che vengono effettuate sono irreversibili in quanto “viaggiano” sul “binario” della *blockchain*.

È possibile quindi affermare che le valute virtuali non costituiscono moneta elettronica.

Dopo i *Bitcoin* la *cryptovaluta* più diffusa è *Ethereum*.

Dal 18 maggio del 2022 è operante presso l'Organismo degli Agenti e dei Mediatori (OAM) il **Registro Ufficiale degli Operatori di *Cryptovaluta***.

Con il nuovo Decreto del MEF 13 gennaio 2022, pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 40 del 17-02-2022, per i prestatori di servizi relativi all'utilizzo di valuta virtuale nonché i prestatori di servizi di portafoglio digitale che operano o intendono operare sul territorio italiano, scatta l'obbligo di iscrizione in una sezione speciale del registro tenuto dall'Organismo per gli Agenti e Mediatori (l'"OAM"), condizione ora necessaria per operare legalmente sul territorio italiano. Gli operatori esteri devono inoltre dotarsi di una stabile organizzazione (se comunitari) o di una società costituita in Italia (se extracomunitari) e quindi non potranno più operare su base (solo) transfrontaliera. Il Decreto inoltre prevede obblighi di reportistica all'OAM sull'identità e operatività dei clienti italiani.

Non è quindi più ammessa per gli operatori esteri l'attività transfrontaliera verso l'Italia.

I soggetti interessati dalla novità normativa sono:

a) i prestatori di servizi relativi all'utilizzo di valuta virtuale, categoria che include sia persone fisiche che giuridiche che a titolo professionale forniscono a terzi anche *on-line* servizi funzionali all'utilizzo, allo scambio, alla conservazione di valuta virtuale e alla loro conversione da, oppure, in valute aventi corso legale o in rappresentazioni digitali di valore, ivi comprese quelle convertibili in altre valute virtuali nonché i servizi di emissione, offerta, trasferimento e compensazione e ogni altro servizio funzionale all'acquisizione, alla negoziazione o all'intermediazione nello scambio delle medesime valute;

b) i prestatori di servizi di portafoglio digitale, ovvero ogni persona fisica o soggetto diverso da persona fisica che fornisce, a terzi, a titolo professionale, anche *on-line*, servizi di salvaguardia di chiavi crittografiche private per conto dei propri clienti, al fine di detenere, memorizzare e trasferire valute virtuali.

La disciplina, pertanto, riguarda tutte le piattaforme funzionali da offrire a terzi, a titolo professionale, servizi aventi ad oggetto *cryptovalute*, ad eccezione dell'attività di mera emissione in proprio di valute virtuali, che se non è svolta a titolo professionale e per conto della clientela, non è di per sé sufficiente a qualificare gli operatori come prestatori di servizi relativi all'utilizzo di valuta virtuale.

Il Decreto detta le modalità e la tempistica con cui i prestatori di servizi relativi all'utilizzo di valuta virtuale e i prestatori di servizi di portafoglio digitale sono tenuti ad effettuare la comunicazione della propria operatività sul territorio nazionale all'OAM secondo quanto introdotto dall'*17-bis*, comma *8-ter* del D.Lgs. 13 agosto 2010, n. 141.

La previsione di requisiti ed oneri aggiuntivi a carico degli operatori in valute virtuali, pertanto, va ad affiancarsi agli obblighi antiriciclaggio previsti dal D.lgs. n. 231/2007, già da tempo applicabili ai medesimi operatori.

1. Il decreto del MEF sugli operatori in cryptovalute

L'art 3, comma 2, del Decreto consente l'iscrizione nella sezione speciale ai soli operatori in possesso dei requisiti previsti all'articolo 17-bis, comma 2, del decreto le-

gislativo 141/2010 che sono per i soggetti diversi dalle persone fisiche “sede legale e amministrativa o, per i soggetti comunitari, stabile organizzazione nel territorio della Repubblica”.

Pertanto, i soggetti diversi dalle persone fisiche aventi sede in altro stato comunitario potranno iscriversi nella sezione speciale ed operare legalmente in Italia solo in presenza di una stabile organizzazione sul territorio italiano. Gli operatori extracomunitari dovranno necessariamente costituire una società in Italia.

Ai fini dell’iscrizione nella sezione speciale del registro tenuto dall’OAM gli operatori che intendono svolgere la propria attività in Italia dovranno trasmettere una comunicazione telematica all’OAM contenente i dati indicati all’art. 3, comma 4, dello stesso Decreto.

Gli operatori che, alla data di entrata in vigore del Decreto, fossero già attivi sul territorio nazionale devono effettuare la stessa comunicazione entro il termine di 60 giorni dall’istituzione della sezione speciale.

Tuttavia, tali operatori potranno continuare ad operare nelle more del processo di registrazione solo laddove alla data di istituzione della sezione speciale abbiano i requisiti di cui all’art. 17-*bis*, comma 2 del D.Lgs. n. 141/2010 (sede sociale o stabile organizzazione in Italia), pena la contestazione dell’esercizio abusivo delle attività nel territorio della Repubblica.

Ne consegue che gli operatori esteri già operanti sul territorio italiano in mancanza di residenza, sede sociale o stabile organizzazione in Italia alla data di avvio della sezione speciale, dovranno sospendere la loro attività perché abusiva, finché non abbiano proceduto alla costituzione di una società o stabile organizzazione ed ottenuto l’iscrizione.

Per gli operatori italiani che già svolgono attività sarà invece sufficiente inviare la comunicazione entro i 60 giorni dalla costituzione della sezione speciale del registro.

L’OAM, verificata la correttezza e completezza delle informazioni inviate, entro il termine di 15 giorni disporrà (o meno) l’iscrizione nella sezione speciale. Tale termine può essere sospeso una sola volta per un periodo non superiore a dieci giorni qualora la documentazione fosse ritenuta incompleta e/o fossero necessarie integrazioni. Qualora il prestatore di servizi in valuta virtuale non provveda alle integrazioni richieste entro il termine di dieci giorni dall’avviso dell’OAM, la comunicazione si considera non pervenuta e l’OAM negherà l’iscrizione.

Il Decreto introduce altresì obblighi di reportistica da parte dei prestatori di servizi in *cryptovalute* di portafoglio digitale, che si andranno ad aggiungere agli oneri già richiesti ai fini antiriciclaggio.

L’art 5 del Decreto prevede che gli operatori dovranno comunicare trimestralmente entro il giorno 15 del mese successivo al trimestre di riferimento in via telematica all’OAM, i dati relativi alle operazioni in essere sul territorio della Repubblica Italiana e, nello specifico:

- gli estremi identificativi del cliente come individuati nell’allegato 1 del Decreto;
- i dati sintetici relativi all’attività complessiva svolta per ogni singolo cliente, come individuati nel medesimo allegato 1 del Decreto.

2. Sanzioni

La mancanza di preventiva iscrizione al Registro da parte degli operatori che vo-

gliono operare in Italia (ovvero successiva, in caso di operatori già attivi prima dell'entrata in vigore del decreto) determina l'esercizio abusivo della loro attività ed è punita, *ex art. 17-bis*, comma 5, D.Lgs. n. 141/2010, con una sanzione amministrativa irrogata dal Ministero dell'economia e delle finanze da 2.065 a 10.329 euro. Inoltre, laddove le autorità competenti accertino l'esercizio abusivo in Italia dei servizi relativi all'utilizzo di valuta virtuale e/o di servizi di portafoglio digitale, gli stessi potranno accertare e contestare la violazione secondo quanto previsto dalla legge n. 689/1981, che potrebbe portare nel caso di attività svolta mediante siti internet, il sequestro degli stessi mediante oscuramento e inibizione ad accedervi.

3. Conclusioni

L'impianto normativo oggetto del Decreto del MEF si colloca tra i presidi normativi diretti alla prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo al fine di assicurare un più efficace monitoraggio delle attività in atto sul territorio italiano. L'obbligo di registrazione al registro dell'OAM, ormai necessario per operare in Italia, nonché i nuovi oneri di reportistica in capo agli operatori in valute virtuali, andranno ad incrementare i controlli già esistenti, accendendo i riflettori sull'attività degli operatori in *cryptovalute* anche stranieri che, ora, dovranno necessariamente adattarsi agli ulteriori obblighi introdotti.

1.3.9. La blockchain come "veicolo" per far transitare le *cryptovalute*

Partiamo dalla definizione di *blockchain* che ci fornisce il Testo del decreto-legge 14 dicembre 2018, n. 135 (in GU – Serie generale – n. 290 del 14 dicembre 2018), coordinato con la legge di conversione 11 febbraio 2019, n. 12 (GU alla p. 6), recante: «Disposizioni urgenti in materia di sostegno e semplificazione per le imprese e per la pubblica amministrazione.». (19A00934) (GU n. 36 del 12 febbraio 2019)

L'Art. 8-ter – Tecnologie basate su registri distribuiti (DLT) e *smart contract*, recita:

1. Si definiscono «tecnologie basate su registri distribuiti» (blockchain – Digital Ledger Technology – DLT) le tecnologie e i protocolli informatici che usano un registro condiviso, distribuito, replicabile, accessibile simultaneamente, architetturealmente decentralizzato su basi crittografiche, tali da consentire la registrazione, la convalida, l'aggiornamento e l'archiviazione di dati sia in chiaro che ulteriormente protetti da crittografia verificabili da ciascun partecipante, non alterabili e non modificabili.

Si riporta l'articolo 41 del Regolamento (UE) n. 9102014 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 23 luglio 2014 in materia di identificazione elettronica e servizi fiduciari per le transazioni elettroniche nel mercato interno e che abroga la Direttiva 1999/93/CE:

Art. 41. Effetti giuridici della validazione temporale elettronica

1. Alla validazione temporanea elettronica non possono essere negati gli effetti giuridici e l'ammissibilità come prova in procedimenti giudiziari per il solo motivo della sua forma elettronica o perché non soddisfa i requisiti della validazione temporanea elettronica qualificata.

2. Una validazione temporale elettronica qualificata gode della presunzione di accuratezza della data e dell'ora che indica e di integrità dei dati ai quali tale data e ora sono associate.

3. *Una validazione temporale elettronica rilasciata in uno Stato membro è riconosciuta quale validazione temporale elettronica qualificata in tutti gli Stati membri.*

Quindi la *blockchain* è una struttura informatica che, utilizzando la crittografia, permette di organizzare informazioni in modo da garantirne l'inalterabilità.

1.3.10. *Gli Smart Contract come modo innovativo per concludere operazioni contrattuali e per trasferire cryptovalute*

Gli *Smart Contract* sono riconosciuti dalla Legge italiana?

La risposta è sì.

Partiamo dalla definizione che ci fornisce il testo del D.L. 14 dicembre 2018, n. 135 (in GU – Serie generale – n. 290 del 14 dicembre 2018), coordinato con la Legge di conversione 11 febbraio 2019, n. 12 (GU alla p. 6), recante: «Disposizioni urgenti in materia di sostegno e semplificazione per le imprese e per la pubblica amministrazione.». (19A00934) (GU n. 36 del 12 febbraio 2019)

L'Art. 8-ter – Tecnologie basate su registri distribuiti e *smart contract*, recita:

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. 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 – AGID – con linee guida da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto.*

3. *La memorizzazione di un documento informatico attraverso l'uso di tecnologie basate su registri distribuiti – DLT – produce gli effetti giuridici della validazione temporale elettronica di cui all'articolo 41 del Regolamento (UE) n. 910/2014 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 23 luglio 2014.*

4. *Entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, l'Agenzia per l'Italia Digitale individua gli standard tecnici che le tecnologie basate su registri distribuiti debbono possedere ai fini della produzione degli effetti di cui al comma 3.*

Innanzitutto viene in rilievo come il Legislatore Italiano riconosca i soli *smart contract* che siano afferenti alle tecnologie che si basano su *Distributed Ledger Technologies* (DLT)/*blockchain*, non riconoscendo quindi, quelli basati su altre tipologie di tecnologie.

Inoltre, l'articolo in commento, sancendo che la “...esecuzione vincola automaticamente due o più parti sulla base di effetti predefiniti dalle stesse...” fa espresso riferimento al carattere decentralizzato delle *blockchain*, essendo queste in grado di fare a meno dell'intervento di un terzo intermediario al fine di dare esecuzione – in questo caso da intendersi in senso meramente tecnico-informatico – a uno “*smart contract code*”, eseguendo gli accordi su cui le parti si sono accordate precedentemente e cioè lo “*smart legal contract*”.

Lo “*smart contract code*” dà esecuzione automatica ad un accordo giuridico sancito nel precedente “*smart legal contract*”.

Sono infatti caratteri precipi delle *blockchain* – e quindi degli *smart contract* – l'immutabilità dei dati e la vincolatività nell'esecuzione di ciò che è contenuto nello

smart contract code: una volta che una transazione viene inserita in un “blocco” della *chain*, questo non sarà più modificabile.

Gli *smart contract* sono “i mattoni” alla base delle applicazioni di *Ethereum*.

Gli *smart contract code* sono i programmi informatici memorizzati sulla *block-chain*, che ci consentono di convertire i contratti tradizionali – *smart legal contract* – in equivalenti digitali.

Gli *smart contract* sono molto logici, e seguono una struttura “se questo, allora quello” *If-This/Then-That-Else*.

Questo significa che seguono precisamente la loro programmazione, e non sono modificabili.

L’unica variabile, ma deve essere prevista fin dall’inizio, è “*Else*” in quanto dà un’alternativa al presupposto iniziale.

L’“inventore” degli *smart contract* è stato Nick Szabo (informatico statunitense di origine ungherese) che ha coniato il termine “*smart contract*” (in italiano: contratto intelligente).

Nel 1994 ha scritto un’introduzione al concetto, e nel 1996 un’esplorazione di ciò che gli *smart contract* possono fare.

Nick Szabo immaginò un mercato digitale basato su questi processi automatici e crittograficamente sicuri.

Un luogo in cui le transazioni e le funzioni aziendali possono verificarsi in modo affidabile, senza intermediari.

Gli *smart contract* con la *cryptovaluta Ethereum* hanno messo in pratica questa visione.

Con gli *smart contract* si cerca di risolvere uno dei più grandi problemi derivanti dall’utilizzo di un contratto tradizionale e cioè la necessità di avere persone affidabili che adempiano al contratto.

Facciamo un esempio:

Sofia e Andrea stanno facendo una gara in bici. Diciamo che Sofia scommette con Andrea €10 che lei vincerà la gara. Andrea è sicuro che sarà lui il vincitore, e accetta la scommessa. Alla fine, Sofia finisce la gara prima di Andrea ed è la vincitrice indiscussa, ma Andrea si rifiuta di pagare la scommessa, sostenendo che Sofia abbia barato.

Questo semplice esempio illustra il problema che si può presentare con qualsiasi accordo “non intelligente”.

Anche se le condizioni dell’accordo sono soddisfatte (Sofia ha vinto la gara), ci si deve comunque fidare del fatto che un’altra persona soddisfi l’accordo (es., pagare la scommessa).

Gli *smart contract* digitalizzano gli accordi legali - *smart legal contract*, trasformando i termini di un accordo in codice informatico – “*smart contract code*”, che si esegue automaticamente quando i termini contrattuali sono soddisfatti.

L’antecedente ed ispiratore degli uno *smart contract* sono stati i “distributore automatici” (*vending machine*), che funzionano in modo simile a uno *smart contract* in quanto degli *input* specifici garantiscono degli *output* predeterminati:

- si seleziona un prodotto,
- il distributore automatico indica l’importo richiesto per acquistare il prodotto,
- si inserisce l’importo corretto,

- il distributore automatico verifica che si abbia inserito l'importo corretto,
- il distributore automatico eroga il prodotto scelto.

Il distributore automatico eroga il prodotto desiderato solo se (*If-This*) sono soddisfatti tutti i requisiti (*Then-That*). Se non si seleziona un prodotto o non si inserisce abbastanza denaro, il distributore automatico non darà il prodotto.

Uno dei benefici più significativi che gli *smart contract* hanno rispetto ai contratti naturali è che il risultato è eseguito automaticamente alla realizzazione delle condizioni contrattuali stabilite.

Non serve aspettare che un umano esegua il risultato.

In altre parole: con gli *smart contract* non serve più fidarsi della controparte quindi sono *trustless*.

Ad esempio, si scrive uno *smart legal contract* che poi verrà convertito in linguaggio algoritmico in uno *smart contract code* che detiene i fondi in custodia per un bambino, consentendogli di ritirarli dopo una data specifica. Se si prova a prelevare i fondi prima della data specificata, lo *smart contract* non potrà essere eseguito.

Oppure **altro esempio**, si potrebbe scrivere un contratto – *smart legal contract* – che verrà a sua volta ritrascritto in termini algoritmici in uno *smart contract code* che consegnerà automaticamente una versione digitale del titolo di proprietà di un'auto nel momento in cui il concessionario verrà pagato.

Il fattore umano è uno dei maggiori motivi di fallimento dei contratti tradizionali.

Ad esempio, due singoli giudici potrebbero interpretare un contratto tradizionale in modi differenti. Le loro interpretazioni potrebbero condurre a prendere decisioni differenti e a dare risultati non omogenei.

Idealmente gli *smart contract* eliminano la possibilità di interpretazioni differenti.

Al contrario, gli *smart contract* si eseguono precisamente secondo le condizioni scritte in uno – *smart legal contract* – che verrà a sua volta ritrascritto in termini algoritmici in uno *smart contract code*.

Gli *smart contract* sono anche utili per i controlli e il monitoraggio in quanto poiché gli *smart contract* di *Ethereum* si trovano su una *blockchain* pubblica e chiunque può monitorare istantaneamente i trasferimenti di *cryptovalute* e altre informazioni correlate.

Ad esempio si può verificare che qualcuno abbia inviato denaro ad un indirizzo.

Gli *smart contract* possono anche proteggere la nostra *privacy*.

Poiché *Ethereum* è una “rete pseudonima” (le transazioni sono pubblicamente legate a un indirizzo crittografico univoco, non ad una identità particolare), si può proteggere la propria *privacy* dagli osservatori male intenzionati.

Concludendo, con il termine *smart contract* si intendono:

- a) gli *smart legal contract* che sono i veri e propri contratti legali scritti in linguaggio umano/naturale;
- b) gli *smart contract code* che sono programmi informatici che risiedono sulla *blockchain* che si eseguono automaticamente secondo i presupposti legali definiti nello *smart legal contract* che normalmente li precede secondo la formula *If-This/Then-That-Else*.

1.4. La Normativa antiterrorismo

Il sistema internazionale di prevenzione e contrasto al finanziamento del terrorismo e all'attività dei Paesi che minacciano la pace e la sicurezza internazionale poggia sostanzialmente sull'applicazione di misure restrittive di "congelamento" dei fondi e delle risorse economiche detenute da persone fisiche e giuridiche, gruppi ed entità specificamente individuati dalle Nazioni Unite e dall'Unione Europea (soggetti "designati").

Tali misure, impiegate anche per contrastare l'attività dei Paesi che minacciano la pace e la sicurezza internazionale, trovano fondamento normativo nel D.Lgs. n. 109/2007.

In tale ambito, i soggetti destinatari degli obblighi normativi sono tenuti ad assolvere i seguenti adempimenti:

- comunicare alla UIF, entro 30 giorni dalla data di entrata in vigore dei regolamenti comunitari, delle decisioni degli organismi internazionali e dell'Unione europea (o, se successiva, dalla data di detenzione dei fondi e delle risorse economiche), le misure di congelamento applicate ai soggetti designati, indicando i nominativi coinvolti, l'ammontare e la natura dei fondi o delle risorse economiche (art. 7, comma 1); relativamente a queste ultime, la comunicazione deve essere effettuata anche al Nucleo speciale polizia valutaria della Guardia di Finanza (art. 7, comma 3);
- comunicare alla UIF i dati relativi a operazioni o rapporti, nonché ogni altra informazione disponibile riconducibili ai soggetti designati ovvero a quelli in via di designazione, anche sulla base delle indicazioni fornite dal Comitato di Sicurezza Finanziaria (art. 7, comma 2).

Al fine di agevolare l'applicazione delle misure di congelamento, il D.Lgs. n. 109/2007 fornisce le seguenti definizioni normative:

• **fondi:** attività ed utilità finanziarie di qualsiasi natura, possedute anche per interposta persona fisica o giuridica, tra cui rientrano, a titolo esemplificativo: i contanti, gli assegni, i crediti pecuniari, le cambiali, gli ordini di pagamento e altri strumenti di pagamento; i depositi presso enti finanziari o altri soggetti, i saldi sui conti, i crediti e le obbligazioni di qualsiasi natura; i titoli negoziabili a livello pubblico e privato nonché gli strumenti finanziari come definiti nell'art. 1, comma 2 del TUF; gli interessi, i dividendi o altri redditi ed incrementi di valore generati dalle attività; le polizze assicurative concernenti i rami vita di cui all'art. 2, comma 1 del D.Lgs. n. 209/2005 (art. 1, comma 1, lett. f);

• **congelamento di fondi:** divieto di movimentazione, trasferimento, modifica, utilizzo o gestione dei fondi o di accesso ad essi, così da modificarne il volume, l'importo, la collocazione, la proprietà, il possesso, la natura, la destinazione o qualsiasi altro cambiamento che consente l'uso degli stessi, compresa la gestione di portafoglio (art. 1, comma 1, lett. b);

• **risorse economiche:** tutte le altre attività diverse dai fondi (materiali o immateriali, mobili o immobili), ma che possono comunque essere utilizzate per ottenere fondi, beni o servizi, possedute, detenute o controllate, anche parzialmente, direttamente o indirettamente, ovvero per interposta persona fisica o giuridica, da parte di soggetti designati, ovvero da parte di persone fisiche o giuridiche che agiscono per conto o sotto la direzione di questi ultimi (art. 1, comma 1, lett. i);

• **congelamento di risorse economiche:** divieto di trasferimento, disposizione o utilizzo delle risorse economiche, al fine di ottenere in qualsiasi modo fondi, beni o

servizi, compresi, a titolo esemplificativo, la vendita, la locazione, l'affitto o la costituzione di diritti reali di garanzia (art. 1, comma 1, lett. c).

I fondi e le risorse economiche dei soggetti sottoposti a misure di congelamento non possono costituire oggetto di alcun atto di trasferimento, disposizione o utilizzo, pena la nullità degli atti (art. 5, commi 1, 2 e 3).

È vietato inoltre mettere direttamente o indirettamente fondi o risorse economiche a disposizione dei soggetti designati, o stanziarli a loro vantaggio, nonché partecipare ad attività aventi l'obiettivo o il risultato, diretto o indiretto, di aggirare le misure di congelamento (art. 5, commi 4 e 5). Il congelamento dei fondi e delle risorse economiche, o l'omissione o il rifiuto della prestazione di servizi finanziari ritenuti in buona fede non comportano alcun genere di responsabilità, a meno che si dimostri che il congelamento non sia stato determinato da negligenza (art. 5, comma 8).

Inoltre, relativamente al contrasto al finanziamento del terrorismo e dei programmi di proliferazione delle armi di distruzione di massa, è prevista l'estensione a tali fattispecie delle misure di prevenzione esistenti per il riciclaggio, incluso l'obbligo di segnalazione delle operazioni sospette; tale misura trova fondamento normativo nel D.Lgs. n. 231/2007 (art. 35, comma 1) per il finanziamento del terrorismo e nel Regolamento UE n. 267/2012 (art. 32, comma 1, lett. d), nel Regolamento UE n. 1509/2017 (art. 23, comma 1, lett. e) e nel Provvedimento del 27 maggio 2009 per il finanziamento dei programmi di proliferazione, il cui ambito di applicazione è limitato agli enti creditizi e finanziari.

La presenza di operazioni cui prendono parte, anche come controparti, nominativi destinatari delle misure di congelamento, o soggetti ad essi contigui, costituisce uno degli indicatori di anomalia per l'invio di una segnalazione di operazioni sospette alla UIF.

I presupposti per la segnalazione vengono meno laddove il segnalante possa ragionevolmente ritenere, sulla base di tutte le informazioni disponibili, anche non anagrafiche (es.: profilo economico-finanziario del nominativo incompatibile con le cariche e qualifiche indicate per il soggetto designato nelle liste), che si tratti di un caso di omnimia.

Gli obblighi di comunicazione di cui al D.Lgs. n. 109/2007 sono distinti e autonomi rispetto a quelli di segnalazione delle operazioni sospette; essi pertanto devono essere assolti anche nel caso in cui le medesime informazioni siano portate a conoscenza della UIF mediante l'invio di segnalazioni di operazioni sospette nelle quali risultino coinvolti soggetti designati nelle liste.

Al fine di agevolare l'assolvimento degli obblighi in materia di congelamenti e di segnalazioni, la UIF diffonde, mediante la pubblicazione dei rispettivi *link*, le liste dei soggetti designati dal Consiglio di Sicurezza dell'ONU e dall'Unione Europea (art. 10, comma 2).

La UIF, inoltre, diffonde ulteriori liste predisposte da altre istituzioni ed enti coinvolti nel contrasto del terrorismo internazionale, come quella dell'*Office of Foreign Asset Control* (OFAC) del Dipartimento del Tesoro degli Stati Uniti, atta a supportare eventuali segnalazioni, ma in relazione alle quali non sussistono obblighi di congelamento dei fondi.

Capitolo 2

Il contratto in *Civil Law* ed in *Common Law*: nozioni di base e comparate

di Marco Tupponi

SOMMARIO: 2.1. Definizione di contratto nel diritto italiano. – 2.2. Principi generali di diritto contrattuale. – 2.2.1. Contratti tipici ed atipici. – 2.2.2. Contratti “formali” ed “informali” – l’apostilla. – 2.2.3. Contraenti (persone fisiche, persone giuridiche, capacità di stipulare contratti, rappresentanti di società). – 2.2.4. Società di Diritto Comunitario. – 2.2.4.1. La società “lucrativa” europea che si ispira al “tipo” S.p.A. – 2.2.4.2. La società cooperativa europea. – 2.2.5. Conclusione del contratto. – 2.2.6. Esecuzione del contratto. – 2.2.7. Cessazione del contratto. – 2.2.8. Il concetto di *frustration of contract* in *Common Law*. – 2.3. La nozione di contratto in *Common Law*. – 2.3.1. Il *contract* nel diritto primitivo anglosassone. – 2.3.2. Definizione di *Wed, Borh* e Giuramento (*pledge*). – 2.3.3. I casi di inadempimento di contratto. – 2.3.4. Caratteristiche del *trespass*. – 2.3.5. L’azione di *trespass*: dalla responsabilità extracontrattuale alla responsabilità contrattuale. – 2.3.6. Dalla responsabilità extracontrattuale alla responsabilità contrattuale. – 2.3.7. Definizione di azione di *Debt/Assumpsit*. – 2.3.8. La rilevanza giuridica dell’impegno. – 2.3.9. Il *contract* come promessa vincolante per il diritto. – 2.3.10. La nozione di *consideration*. – 2.3.11. Il caso di *consideration* non valida. – 2.3.12. Definizione di dolo contrattuale in parallelo all’errore. – 2.3.13. Diversi casi di *consideration*. – 2.3.14. La posizione di Lord Mansfield sulla “*consideration*”. – 2.3.15. Nascita e caratteristiche del *promissory estoppel*. – 2.3.16. *Case High Trees*: prima applicazione del concetto di *estoppel*. – 2.3.17. Caratteristiche del *promissory estoppel*. – 2.3.18. Definizione di *deed* o *act under seal*. – 2.3.19. Le caratteristiche del *contract*/contratto in Italia, Inghilterra e Germania.

Nella vita dell’impresa il contratto ha un ruolo fondamentale, essendo lo strumento per eccellenza per la regolamentazione dei rapporti tra la medesima impresa, considerata quale soggetto giuridico, e tutti coloro che, per una molteplicità di ragioni, entrano con essa in relazione: i prestatori di lavoro subordinato, i collaboratori, i consulenti, “i fornitori”, i destinatari dei beni/servizi prodotti (acquirenti; utilizzatori), gli agenti, i distributori, i “*partners*” negli accordi commerciali.

La conclusione di un “buon” contratto è perciò di importanza basilare per il raggiungimento degli obiettivi che l’impresa si pone.

Nella gestione quotidiana, invero, questo aspetto passa spesso in secondo piano e si considerano le situazioni sotto un’ottica prevalentemente commerciale, ritenendo – a torto – che a parlare di Contratto si potrebbe rischiare di appesantire inutilmente una relazione che appare più agile e snella laddove si possa muovere al di fuori di ogni schema.

Ma non è così: anche in assenza di un accordo scritto (l’unico che, in genere dai

pratici, viene ritenuto essere un “contratto”) le parti sono legate da un vero e proprio contratto dal quale la legge fa discendere in capo a ciascuna di esse una serie di obbligazioni. E il non adempimento di tali obbligazioni può comportare conseguenze gravose per entrambi i contraenti.

La conoscenza di alcune nozioni basilari in materia contrattuale italiana, anglosassone e comparata appare dunque imprescindibile per chi voglia “gestire” l’impresa con la consapevolezza necessaria per fare in ogni momento le scelte più adeguate per il raggiungimento degli obiettivi finali.

In quest’ottica assumono dunque maggior interesse anche per i “non addetti ai lavori” le disposizioni di legge vigenti in materia.

2.1. Definizione di contratto nel diritto italiano

L’art. 1321 c.c. definisce il **contratto** come “*l’accordo (agreement) di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale*”.

i) L’accordo delle parti avrà per oggetto la costituzione ovvero la regolamentazione o l’estinzione di un rapporto giuridico patrimoniale.

ii) Nella determinazione del contenuto dell’accordo il codice riconosce ai contraenti un’ampia libertà che, però, dovrà essere esercitata nell’ambito dei limiti posti dalla legge. Inoltre, nella misura in cui si proponano di realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l’ordinamento giuridico, le parti sono altresì libere di concludere contratti diversi da quelli esplicitamente previsti e disciplinati dalla legge.

In ogni caso, tutti i contratti indipendentemente dal fatto di essere oggetto o meno di una disciplina legale specifica, sono sottoposti alle norme generali contenute nel codice civile.

Questa convivenza in campo contrattuale tra autonomia privata e norme di legge comporta in pratica che:

i) laddove le parti regolino in maniera esaustiva tutti gli effetti del contratto, senza violare alcuna disposizione di legge, l’accordo tra esse stipulato non subirà alcuna modificazione;

ii) laddove le parti non regolino compiutamente tutti gli effetti del contratto, il regolamento negoziale verrà per tali aspetti integrato dalle disposizioni di legge (generali ovvero proprie del tipo contrattuale in questione);

iii) laddove le parti inseriscano nel regolamento contrattuale una o più disposizioni che violino una norma di legge la cui applicazione è sempre e comunque obbligatoria (c.d. norma imperativa/*mandatory rule*), le possibilità sono tre:

a) la disposizione che viola la legge è nulla, ma il contratto mantiene seppur privato della pattuizione invalida, la propria efficacia (salvo che si dimostri che proprio quella disposizione non sia stata determinante, per i contraenti, per concludere l’accordo) da cui la clausola normalmente inserita nei contratti complessi che recita: “*le parti dichiarano che, qualora dopo la conclusione del contratto, si rinvenissero una o più clausole nulle risulteranno nulle solo tali clausole e mai l’intero contratto*” (**Principio di conservazione del contratto**);

b) la disposizione contrattuale viene sostituita di diritto dalla norma imperativa di legge ed il contratto mantiene la propria validità relativamente a tutte le altre pattuizioni;

c) la violazione alle norme imperative è talmente grave ed investe una parte così significativa dell'accordo da inficiare la validità dell'intero contratto che, pertanto, sarà dichiarato nullo.

Verificata la profonda interrelazione esistente tra autonomia privata e norma di legge, che può intervenire sulle scelte liberamente operate dai contraenti in maniera sensibile, risulta con chiarezza perché sia necessario approfondire la conoscenza tecnica del diritto dei contratti.

Tale necessità si avvertirà in modo ancor più rilevante laddove il contratto assuma una connotazione di internazionalità perché in questo caso non solo (e non sempre) la legge italiana, ma anche le leggi straniere potranno interferire con le scelte dei contraenti.

Restiamo comunque nell'ambito dei rapporti "nazionali" (domestici) e procediamo nel nostro lavoro analizzando in maniera schematica quelli che sono i principi generali posti alla base del diritto dei contratti e comparandoli, dove lo riterremo opportuno, con sistemi giuridici differenti.

2.2. Principi generali di diritto contrattuale

2.2.1. Contratti tipici ed atipici

Si è detto più sopra che la legge italiana disciplina specificamente alcune figure contrattuali, lasciando peraltro libere le parti di concludere contratti non rientranti nei tipi previsti dalla legge *ex art.* 1322, comma 2, c.c. Tecnicamente i due gruppi così identificati vengono definiti rispettivamente quali contratti "tipici" ed "atipici".

Nel primo gruppo rientrano sia le figure regolate direttamente dal codice civile (quali, ad esempio, i contratti di vendita, di appalto, di somministrazione, di agenzia), sia le figure regolate da leggi speciali (quali, ad esempio, i contratti di *factoring*, i contratti di locazione di immobili urbani).

Nel secondo gruppo rientrano invece tutti i rapporti contrattuali diversi da quelli disciplinati esplicitamente dal legislatore. Tali contratti vengono anche detti "contratti innominati" (ad esempio il contratto di *leasing*).

Ciò non toglie tuttavia che alcune figure contrattuali, di norma atipiche e frequentemente utilizzate dalla prassi, vengano ormai identificate sempre con la stessa denominazione: si pensi, per il diritto italiano, al contratto atipico di concessione di vendita/di distribuzione in senso stretto (in altri Paesi ad esempio in Belgio la "*concession de vente*" è, invece, un contratto reso tipico dalla legge del 27 luglio 1961 che definisce la *concession de vente* all'articolo I. 11, 3° del *Code de droit économique*: "*toute convention en vertu de laquelle un concédant réserve, à un ou plusieurs concessionnaires, le droit de vendre, en leur propre nom et pour leur propre compte, des produits qu'il fabrique ou distribue*") o al contratto di *leasing*.

Ai contratti atipici si applicheranno di solito le norme generali in materia contrattuale, nonché in via analogica le disposizioni dettate dal legislatore per i contratti tipici a loro più affini.

2.2.2. Contratti "formali" ed "informali" – l'apostilla

L'art. 1325 c.c. italiano contiene l'elencazione dei requisiti del contratto che così

individua: 1) l'accordo delle parti; 2) la causa; 3) l'oggetto; 4) la forma, quando risulta che è prescritta dalla legge a pena di nullità.

Deriva da tale norma che, salvo per quanto concerne i casi particolari espressamente indicati, i contraenti sono liberi di concludere l'accordo nella forma che essi preferiscono (c.d. **principio della libertà di forma – *freedom of the forms***).

Si noti, per inciso che storicamente nei Paesi dell'Est Europa la tradizione giuridica è segnata da una limitatezza di questo Principio nel senso che la forma scritta è considerata *ad substantiam* in più ipotesi rispetto al resto d'Europa e del mondo giuridico; prova ne fu la polemica che scaturì alla pubblicazione della Convenzione de L'Aja del 1964 sui contratti internazionali di vendita di beni mobili corporali che non vide tra i firmatari i Paesi dell'ex blocco sovietico, oltre che per questioni politiche, anche per questioni legate alla libertà di forma. Si ovviò a questa polemica con l'introduzione della riserva dell'art. 12 della CISG 1980 (come si dirà al paragrafo 4.3).

Le parti possono dunque stipulare un contratto anche solo verbale (si pensi ad esempio alla molteplicità di contratti che vengono da ognuno di noi stipulati ogni giorno in occasione dell'acquisto di un giornale, di un abito, di un libro, oppure in occasione della locazione di una bicicletta, ecc.).

In casi come questi il principio della libertà di forma favorisce senz'altro un più spedito ed agile funzionamento degli scambi commerciali.

Ma l'assenza di una forma idonea a far conoscere ai contraenti con esattezza i reciproci diritti e doveri assume una connotazione negativa laddove l'accordo abbia ad oggetto beni/prestazioni di rilevante valore economico.

Per queste ragioni, vi sono casi in cui l'adozione di una forma particolare è prescritta dalla legge a pena di nullità dell'atto (ossia il contratto non produce alcun effetto negoziale tra le parti se non è redatto nella forma prescritta dalla legge sotto pena della nullità del contratto – c.d. *forma ad substantiam*).

In Italia la forma scritta è in generale richiesta dalla legge per la validità degli accordi negoziali che trasferiscono la proprietà di beni immobili, o che costituiscono, modificano od estinguono diritti reali su beni immobili (ad es. il diritto di usufrutto), o che su tali beni costituiscono diritti personali di godimento per una durata superiore a nove anni (ad es. un contratto di locazione): in tutti questi casi, elencati specificamente dall'art. 1350 c.c., la forma scritta deve assumere le vesti dell'atto pubblico o della scrittura privata.

Medesima forma dovranno rivestire inoltre gli atti di rinuncia ai diritti sopra indicati nonché i contratti preliminari dei negozi richiamati (artt. 1350 e 1351 c.c.).

La **forma scritta** per la validità dell'atto negoziale può altresì essere prevista dalle parti (c.d. forma convenzionale) che convengono per iscritto di adottare una forma determinata per la conclusione di un contratto futuro (art. 1352 c.c.) e/o – come sovente accade nella prassi – qualsiasi patto successivo che si aggiunga al contratto o lo modifichi.

Occorre infine distinguere le ipotesi in cui la legge o le parti stesse richiedono l'adozione della forma scritta per la validità del contratto (c.d. **forma ad substantiam**) dalle ipotesi in cui la legge richiede che il contratto debba essere soltanto provato per iscritto (*ad probationem tantum*).

È evidente peraltro come la forma scritta, in termini pratici, agevoli in modo decisivo la prova del suo contenuto e quindi degli obblighi che con ciò i contraenti hanno inteso assumere.

Le due ipotesi non vanno confuse: se viene stipulato verbalmente un contratto per il

quale la legge richiede la prova scritta, il contratto è valido ed efficace tra le parti. In caso di controversie, però, l'esistenza ed il contenuto dell'accordo non potranno essere provati per né testimoni e né per presunzioni, il che, si comprende bene, rende molto difficile far valere i diritti contrattuali (in questo caso si parla di "*forma ad probationem*").

Qualora invece si trattasse di un contratto per il quale la legge richiede la forma scritta per la validità dell'atto (in questo caso si parlerà di forma "*ad substantiam*", la stipulazione verbale ne comporterebbe la nullità ossia, come è già stato detto, il contratto non produrrebbe alcun effetto negoziale tra le parti).

Una nota particolare la riserva all'apostilla (originariamente dal latino "*a post illa*" – "dopo quelle cose", poi passata al francese *apostille*) è una certificazione che convalida, con pieno valore giuridico, sul piano internazionale l'autenticità di qualsivoglia atto pubblico, e in particolare di un atto notarile.

Tale istituto giuridico è riconosciuto dagli Stati che hanno sottoscritto la **Convenzione dell'Aia del 5 ottobre 1961**, assicurandone la piena convalida.

In particolare, l'apostilla è un'annotazione da parte di una autorità, identificata dalla legge di attuazione della Convenzione, sull'originale del certificato, rilasciato dalle autorità competenti del Paese interessato.

Essa sostituisce, quindi, in toto la legalizzazione del documento effettuata nei modi usuali attraverso l'Ambasciata o il Consolato dello Stato in cui verrà utilizzato, avendo piena validità in tutti i numerosi Paesi sottoscrittori della Convenzione dell'Aia del 5 ottobre 1961 e deve essere apposta da una della Autorità identificate nella Convenzione stessa.

Ne discende che, se una persona ha bisogno di far valere in Italia un certificato di nascita e vive in un Paese che ha aderito alla Convenzione dell'Aia del 5 ottobre 1961, non ha bisogno di recarsi presso l'Ambasciata italiana e chiedere la legalizzazione, ma può recarsi presso l'autorità interna di quello Stato per ottenere l'annotazione dell'apostilla sul certificato.

Quindi quel documento, anche se redatto nella lingua di un diverso Paese, deve essere ritenuto valido dalla legge italiana e dalla legge dei Paesi aderenti alla Convenzione, essendo sufficiente la traduzione giurata in italiano o nella lingua di uno dei Paesi aderenti alla Convenzione per farlo valere di fronte alle autorità italiane o di uno dei Paesi aderenti alla Convenzione.

La Convenzione riguarda, specificamente, l'abolizione della legalizzazione di atti pubblici stranieri, tra cui rientrano i documenti amministrativi rilasciati da un'autorità o da un funzionario dipendente da un'amministrazione dello Stato, compreso il Pubblico Ministero, il cancelliere o l'ufficiale giudiziario, nonché gli atti notarili.

La gamma di documenti legalizzati mediante apostille, da parte delle autorità interne dello Stato di provenienza, può riguardare anche i rapporti giuridici familiari o di parentela, le dichiarazioni ufficiali indicanti una registrazione, un visto di data certa, un'autenticazione di firma, apposti su un atto privato.

Tuttavia, non possono essere certificati tramite apostille i documenti amministrativi che si riferiscono a un'operazione commerciale o doganale, nonché i documenti redatti da un agente diplomatico o consolare.

Solo taluni Paesi richiedono ancora la legalizzazione del documento da parte del loro Consolato nel Paese d'origine, tra cui: Canada, Repubblica Ceca, quasi tutti gli Stati Africani (esclusi Sudafrica e un paio di altri stati) e la maggior parte degli stati dell'Asia (esclusi India, Giappone, alcune repubbliche ex sovietiche e la Mongolia).

A seguito dell'espandersi della globalizzazione del XXI secolo, molti Paesi di principale interesse sotto il profilo migratorio, hanno in corso trattative con l'Unione Europea per aderire alla Convenzione sulla validazione dei documenti tramite apostille, che potrà contribuire alla semplificazione della vita dei cittadini.

Questi i Paesi firmatari della Convenzione dell'Aja – 1961 (aggiornata al febbraio 2023): Australia, Austria, Azerbaigian, Bahamas, Bahrein, Barbados, Bielorussia, Belgio, Belize, Bolivia, Bosnia ed Erzegovina, Botswana, Brasile, Brunei, Bulgaria, Burundi, Capo Verde, Cile, Colombia, Isole Cook, Costa Rica, Croazia, Cipro, Repubblica Ceca, Danimarca, Dominica, Repubblica Dominicana, Ecuador, El Salvador, Estonia, Fiji, Finlandia, Francia, Georgia, Germania, Grecia, Grenada, Honduras, Hong Kong, Ungheria, Islanda, India, Irlanda, Israele, Italia, Giappone, Kazakistan, Kosovo, Kirghizistan, Lettonia, Lesotho, Liberia, Liechtenstein, Lituania, Lussemburgo, Macao, Macedonia, Malawi, Malta, Marocco, Isole Marshall, Mauritius, Messico, Moldavia, Monaco, Mongolia, Montenegro, Namibia, Regno dei Paesi Bassi, Nuova Zelanda, Nicaragua, Niue, Norvegia, Oman, Panama, Paraguay, Perù, Polonia, Portogallo, Romania, Russia, Saint Kitts e Nevis, Santa Lucia, Saint Vincent e Grenadine, Samoa, San Marino, São Tomé e Príncipe, Serbia, Seychelles, Slovacchia, Slovenia, Sudafrica, Spagna, Suriname, Svezia, Svizzera, Swaziland, Tagikistan, Tonga, Trinidad e Tobago, Turchia, Ucraina, Regno Unito, Stati Uniti d'America, Uruguay, Uzbekistan, Vanuatu, Venezuela.

2.2.3. *Contraenti (persone fisiche, persone giuridiche, capacità di stipulare contratti, rappresentanti di società)*

Si parla sempre di “contraenti”, “parti”: ma chi può concludere un contratto e quali requisiti deve avere il soggetto che lo conclude affinché il contratto sia valido anche sotto questo profilo?

i) **persone fisiche**: in genere ogni essere umano, è dotato della capacità giuridica, ossia della capacità di essere soggetto di diritti ed obblighi. La capacità giuridica si acquista di regola al momento della nascita (art. 1 c.c.), anche se vi sono ipotesi in cui la legge dichiara titolare di diritti anche il concepito. In altri ordinamenti giuridici come ad esempio la Spagna è richiesta la “vitalità” cioè l'idoneità del nato a vivere.

Da essa va tenuta distinta la capacità di agire, ossia la capacità di disporre dei propri diritti e di assumere impegni mediante manifestazioni di volontà.

In genere la capacità di agire si acquista al compimento della maggiore età (art. 2 c.c. it.) e può essere esclusa o limitata da cause che comportino la mancanza totale o la riduzione della capacità d'intendere e di volere, quali ad esempio la minore età, le alterazioni delle facoltà mentali ed altre minorazioni.

In Italia minori e interdetti sono in stato di incapacità legale assoluta, ossia non possono stipulare validamente nessun negozio giuridico. Gli inabilitati, invece, sono in stato di incapacità relativa.

Il contratto concluso dall'incapace è annullabile, ossia gli effetti del negozio si producono, ma possono venire eliminati se il contratto viene impugnato giudizialmente dalla parte nell'interesse della quale l'invalidità è stabilita (art. 1425 c.c. it.).

Le persone fisiche possono stipulare contratti anche a mezzo di rappresentanti autorizzati *ex lege* (rappresentanza legale per esempio i genitori), ovvero dall'interessato (rappresentanza volontaria dotato di procura o delega). Per un approfondimento sulla rappresentanza si rinvia a quanto verrà esposto poco oltre ed al paragrafo 4.4.1.

ii) **persone giuridiche**: il codice civile non dà una definizione generale delle persone giuridiche, bensì procede ad un'elencazione delle stesse, dividendole in due gruppi: a) le persone giuridiche pubbliche che, ai sensi dell'art. 11 c.c., sono le province, i comuni, nonché gli enti pubblici riconosciuti; e b) le persone giuridiche private.

In base agli artt. 12 e 13 del codice sono tali le associazioni, le fondazioni e le altre istituzioni di carattere privato che abbiano ottenuto il decreto di riconoscimento da parte del Presidente della Repubblica, nonché le società le quali, però, per ottenere le personalità giuridica devono conformarsi alla disciplina speciale ad esse dedicata.

Si può affermare, ovviamente con le dovute differenze, che le persone giuridiche, come le persone fisiche, sono dotate sia di capacità giuridica, in quanto anch'esse possono essere soggetti di diritti ed obblighi, sia di capacità d'agire e la loro volontà, concretamente, viene manifestata tramite i soggetti che sono dotati dei poteri di rappresentanza legale dell'ente ovvero che siano muniti di regolare procura (rappresentanza volontaria – *power of attorney*).

Pensiamo all'ipotesi che maggiormente interessa in questa sede, ossia quello in cui l'altro contraente sia una società.

Prima di parlare delle persone fisiche legittimate ad assumere obbligazioni per le società, è necessario accennare brevemente alle caratteristiche essenziali dei diversi **tipi di società**.

Esse si distinguono in due fondamentali categorie:

a) **Società di persone/Partnership** (in cui rientrano le società semplici, le società in nome collettivo e le società in accomandita semplice);

b) **Società di capitali**: in cui rientrano le società per azioni (Inc. oppure Corp. nel mondo di *Common law*, A.G. in Germania S.A. In Francia), le società a responsabilità limitata (per esempio Ltd nel mondo di *Common law*, Gmbh in Germania) e le società in accomandita per azioni.

Facendo un esempio comparatistico operando nel mercato USA troveremo spesso imprese di natura Corporation (Corp.) e *Incorporation* (Inc.). Che differenze ci sono? La differenza sostanziale tra una Corporation (Corp.) e una *Incorporation* (Inc.) è nel sistema di *governance*.

Entrare nel dettaglio di tale “distinguo” implica fare anche un quadro generale delle diverse strutture societarie, con riferimento al modo in cui vengono declinate le responsabilità internamente.

Una *Corporation* non riconosce una marcata differenziazione tra proprietà e *management*. Infatti spesso l'azionista di maggioranza (ad esempio Bill Gates) è proprietario e presidente del consiglio di amministrazione, cioè svolge ruoli di *management* alla pari degli altri amministratori, in modo che la responsabilità ed eventuali oneri finanziari verso terzi creditori risultino essere legati anche alla proprietà, non solo ai *managers*.

L'*Incorporation* invece riconosce una marcata distinzione tra proprietà e *management*, infatti la responsabilità amministrativa e gli oneri finanziari verso terzi creditori è completamente delegata ai *manager* che compongono il consiglio di amministrazione, e non agli azionisti di maggioranza.

Caratteristiche essenziali delle **società di persone** sono:

- la responsabilità illimitata e solidale dei soci per le obbligazioni sociali: ciò significa che i soci rispondono dell'adempimento delle obbligazioni facenti capo alla società con i loro beni presenti e futuri (art. 2740 c.c. it.). Tale principio genera, tuttavia, alcune ecce-