

Capitolo 1

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

di *Alessandro Russo*

SOMMARIO: 1.1. Introduzione. – 1.2. La normativa valutaria. – 1.2.1. La comunicazione valutaria statistica. – 1.2.2. La nuova 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. – 1.4. 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 benestare bancario e l'elenco delle operazioni ammesse) e contemporaneamente istituita la libertà di acquistare im-

mobili 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 nuova 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).

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"), in corso di recepimento da parte dello Stato italiano (risulta lo schema di Decreto Legislativo in discussione alla Camera dei Deputati).

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 interna, come sopra accennato, ancora non è stato emanato il Decreto Legislativo che recepirà la V Direttiva e, pertanto, la materia è regolata dal D.Lgs. 25 maggio 2017, n. 90, che ha recepito la Direttiva (UE) 2015/849 (IV Direttiva). Tale decreto legislativo ha riscritto integralmente il D.Lgs. n. 231/2007, in materia di contrasto al riciclaggio e finanziamento del terrorismo, con la finalità di rendere la normativa domestica omogenea con la disciplina approvata a livello comunitario.

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. n. 231/2007 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.

In attesa del nuovo Decreto Legislativo che regolerà la materia si segnalano di seguito i principali aspetti di novità introdotti dal D.Lgs. n. 90/2017.

Persone politicamente esposte

Il nuovo 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.

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 melinato 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 anticiclaggio 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 prelevamento 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.

1.4. *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 omonimia.

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”. – 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 propongano 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 negozio, 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 un 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 cessione di crediti d'impresa, 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".

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'art. 1325 c.c. italiano contiene l'elencazione dei **requisiti** del **contratto** che così individua: 1) accordo delle parti; 2) causa; 3) oggetto; 4) **forma, quando risulta dalla legge che è prescritta 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 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 verbalmente (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.

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 es. 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**), ovvero dall'interessato (**rappresentanza volontaria**). 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 par-

te 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 aziendali, 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:

- a responsabilità limitata 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 eccezioni: non vale, infatti, per gli accomandanti delle società in accomandita semplice ed è derogabile dal contratto sociale per i soci delle società in nome collettivo;

- il potere di amministrazione inerisce direttamente alla qualità di socio (illimitatamente responsabile).

Al contrario, sono elementi peculiari delle **società di capitali**:

- il beneficio della responsabilità limitata per i soci: per le obbligazioni sociali, infatti, risponde soltanto la società con il suo patrimonio (salva la responsabilità illimitata dei soci accomandatari di società in accomandita per azioni);

- il potere di amministrazione dissociato dalla qualità di socio; quest'ultimo, infatti, non è, solo perché socio, amministratore della società.

Da quanto appena detto discende che, nell'ipotesi in cui un contratto venga stipulato con una società di persone, per le obbligazioni che ne derivano sarà responsabile non solo la società con il suo patrimonio, ma anche i singoli soci; all'opposto, nel caso in cui parte contrattuale sia una società di capitali, sarà solo il patrimonio di quest'ultima ad essere aggredibile da parte dell'altro contraente.

Ciò premesso, arriviamo a dare una risposta al quesito concernente i soggetti (persone fisiche) che possono legittimamente manifestare la volontà della società. Occorre, anche a questo proposito, distinguere a seconda dei diversi tipi sociali.

Esaminiamo, a titolo esemplificativo, la normativa del codice civile italiano:

a) **società semplice**: salvo diversa previsione del contratto sociale, la rappresentanza spetta a ciascun socio amministratore (artt. 2266 e 2257 c.c.);

b) **società in nome collettivo**: la rappresentanza spetta agli amministratori indicati nell'atto costitutivo o nei successivi atti modificativi dello stesso; in mancanza coi specifiche indicazioni la rappresentanza spetta a tutti i soci (art. 2298 c.c.);

c) **società in accomandita semplice**: la rappresentanza spetta ai soli soci accomandatari-amministratori. L'atto costitutivo può limitare ad alcuni soltanto degli accomandatari il potere di rappresentanza. Un socio accomandante può rappresentare la società solo se munito di procura speciale (artt. 2318-2320 c.c.);

d) **società per azioni**: la rappresentanza spetta a quegli amministratori cui sia stata specificamente conferita nell'atto costitutivo, o nei successivi atti modificativi dello stesso (art. 2384 c.c.);

e) **società in accomandita per azioni**: la rappresentanza spetta di diritto ai soci accomandatari (art. 2455 c.c.);

f) **società a responsabilità limitata**: la rappresentanza spetta a quegli amministratori cui sia stata specificamente conferita nell'atto costitutivo, o nei successivi atti modificativi dello stesso (art. 2463, n. 8, c.c.).

I soggetti appena indicati, pertanto, hanno il potere di concludere contratti in nome e per conto della società, a condizione che gli atti da loro compiuti rientrino nell'oggetto sociale (ovvero nel tipo di attività economica che la società intende concretamente esercitare e che si trova indicata nell'atto costitutivo) e fatte salve le limitazioni risultanti dalla legge o dall'atto costitutivo.

Cosa accade se il legale rappresentante abusa del proprio potere rappresentativo, compiendo atti estranei all'oggetto sociale?

A protezione del terzo che contragga con una **società di capitali** è stata codificata la regola secondo la quale tale estraneità all'oggetto sociale non può essere opposta ai terzi di buona fede.

Diversamente, nelle società di persone, l'estraneità all'oggetto sociale dell'atto compiuto dal legale rappresentante impedisce di considerare tale atto vincolante per la società.

E se il legale rappresentante supera i limiti statuari del potere a lui conferito? Le conseguenze saranno profondamente diverse a seconda del tipo di società. Nelle società in nome collettivo (regolari), infatti, le limitazioni sono opponibili a terzi se iscritte nel

registro delle imprese o se, comunque, la società prova che il terzo contraente ne era a conoscenza; la società, pertanto, non sarà vincolata dall'atto compiuto dal legale rappresentante che abbia ecceduto i propri poteri (art. 2298 c.c.).

Nelle società per azioni (ed in genere in tutte le società di capitali), invece, le limitazioni, anche se debitamente pubblicate, non sono opponibili ai terzi.

Poiché i dati relativi alla nomina degli amministratori ed ai poteri loro conferiti debbono essere resi pubblici secondo le modalità stabilite dalla legge, essi sono agevolmente reperibili da chiunque vi sia interessato.

i) **rappresentanti**: abbiamo appena esaminato una serie di casi in cui la rappresentanza è attribuita in base a disposizioni di legge (c.d. **rappresentanza legale**).

La rappresentanza, però, può essere anche conferita dall'interessato con apposita **procura (power of attorney)** che deve essere rilasciata nelle **stesse forme prescritte** per il **contratto** che il rappresentante deve **concludere** (art. 1392 c.c.).

Solo in presenza di una disposizione di legge o di una regolare procura il contratto concluso dal rappresentante in nome e per conto del rappresentato produrrà effetti direttamente in capo al rappresentato. In difetto, il contratto potrà produrre effetti nei confronti del rappresentato solo se quest'ultimo proceda alla ratifica dello stesso.

In caso contrario, il contratto così stipulato sarà inefficace (in quanto è sempre possibile la ratifica successiva, non era con costui che il terzo intendeva stabilire il rapporto contrattuale) ed il falso rappresentante sarà responsabile dei danni che avrà arrecato al terzo con il suo comportamento (artt. 1398 e 1399 c.c.).

2.2.4. Società di Diritto Comunitario

2.2.4.1. La società "lucrativa" europea che si ispira al "tipo" S.p.A.

La Società Europea (S.E.) è una forma di società che può essere costituita sul territorio dell'Unione Europea, e che funziona sulla base di un regime di costituzione e di gestione unico, anziché sottoposto a normative statali differenti.

Le Società Europee sono disciplinate dal Regolamento Europeo n. 2157 dell'8 ottobre 2001.

La sede della Società Europea deve essere situata all'interno dell'Unione Europea, nello stesso Stato membro dove ha sede l'amministrazione centrale della S.E.

Uno Stato membro può inoltre imporre alle Società Europee registrate nel suo territorio l'obbligo di far coincidere l'ubicazione dell'amministrazione centrale con quella della sede sociale.

Nella Società Europea i soci possono scegliere tra due modelli di organizzazione, uno più semplice e uno più complesso: il primo, di origine anglosassone, detto sistema monistico (in inglese "*one-tier system*") è un sistema di amministrazione e controllo delle società caratterizzato dalla presenza del solo consiglio di amministrazione, eletto dall'assemblea dei soci che lo può anche revocare, con la soppressione del collegio sindacale.

Lo Stato stabilisce il numero minimo e massimo degli amministratori.

L'organo si riunisce ogni tre mesi per deliberare: l'andamento degli affari e l'evoluzione degli affari. Ogni socio ha diritto di conoscere ogni informazione comunicata all'organo collegiale. Ogni Stato regola la revoca, il conflitto di interessi, il potere rappresentativo.

Il secondo, detto sistema dualistico, di origine tedesca, nel quale, in luogo del Consiglio di amministrazione, vi sono due organi collegiali: il consiglio di sorveglianza (*supervisory board*), eletto dall'assemblea, ed il consiglio di gestione (*management board*), eletto o revocato dal consiglio di sorveglianza.

Lo statuto della Società Europea è stato adottato con regolamento, direttamente applicabile come tale negli Stati membri della UE sin dal momento della sua entrata in vigore. È stata inoltre recepita la direttiva che ha completato lo statuto della società europea per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori (dir. 86/2001/CE, recepita dal D.Lgs. n. 188/2005).

Le fonti della società europea sono:

- le disposizioni di legge adottate dagli stati membri;
- le disposizioni di legge adottate dagli stati membri per le società per azioni;
- le disposizioni dello statuto della società europea;
- le disposizioni statutarie riconducibili direttamente al regolamento;
- le norme dettate dai singoli stati;
- gli accordi di autonomia privata previsti per la società europea.

Il capitale è diviso in azioni e il capitale sociale non può essere inferiore a 120.000 euro, può essere superiore nel caso in cui la società svolga determinate attività previste.

La società europea acquista personalità giuridica con l'iscrizione nei registri delle imprese dello Stato in cui è stata costituita con la pubblicità nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea in virtù di pubblicità informativa.

Per gli atti eseguiti in nome della Società Europea prima della sua iscrizione sono responsabili solidalmente e illimitatamente coloro che li hanno compiuti, salvo convenzione contraria.

Sono quattro le modalità di costituzioni della società:

1. Fusione propriamente detta o fusione per incorporazione: se almeno due di esse, società per azioni, sono soggette alla legge di stati membri differenti, l'organo di direzione e di controllo redigono un progetto di fusione delle società di capitali, nel bollettino azionario devono essere pubblicate il tipo e la denominazione sociale. L'assemblea di ciascuna società provvede all'approvazione del progetto di fusione con la maggioranza dei 2/3 del Capitale Sociale rappresentato. Il controllo di legittimità sulla fusione è effettuato per ciascuna società. Entro 6 mesi dal rilascio dovrà essere inviato l'attestato di regolarità proveniente da diversi paesi. La fusione e la costituzione hanno effetto dalla data in cui la Società Europea è iscritta nel registro dello Stato membro. Dopo l'iscrizione non può più essere pronunciata la nullità.

2. Costituzione di una S.E. *holding* o S.E. affiliata: se almeno due di esse, società per azioni o s.r.l., sono soggette alla legge di stati membri differenti, le società di diritto commerciale possono costituire, sottoscrivendo le azioni, una S.E. affiliata a condizione che almeno 2 di esse siano soggette alle leggi di stati membri differenti ovvero che abbiano da almeno due anni un'affiliata soggetta alla legge di un altro Stato membro o abbiano una succursale sempre situata in un altro Stato.

3. Trasformazione: se la trasformanda è una S.p.A. costituita conformemente alle leggi di uno Stato membro e avente sede sociale e l'amministrazione centrale nell'Unione. La trasformazione da S.p.A. a S.E. può avvenire trascorsi almeno due anni dall'iscrizione nel registro delle imprese. È necessario redigere il progetto di trasformazione.

ne con relativa delibera del nuovo statuto accettato da almeno i due terzi dei voti dell'assemblea sociale.

4. Costituzione di una Società Europea holding: il procedimento di costituzione di una Società Europea holding si divide in fasi. La prima consiste nel redigere un progetto di costituzione; successivamente vengono pubblicizzati la denominazione sociale, la sede, il rapporto di cambio delle azioni o delle quote, gli ulteriori diritti speciali. I conferimenti delle società che costituiranno la holding devono consistere in almeno il 50% + 1 delle azioni ricordando sempre che il capitale sociale minimo richiesto è di 120.000 euro.

2.2.4.2. *La società cooperativa europea*

“La società cooperativa è una associazione autonoma di persona riunite su base volontaria per soddisfare determinate aspirazioni o esigenze economiche, sociali e culturali comuni attraverso un’impresa la cui proprietà è collettiva ed in cui il potere è esercitato democraticamente” così si esprime la Carta cooperativa adottata al XXXI congresso dell’Alleanza cooperativa internazionale. La Società cooperativa europea (SCE) è un tipo di società caratterizzata da scopo mutualistico che si affianca in ambito societario a quella definita come Società Europea.

A livello europeo è regolamentata dal:

- Regolamento (CE) 1435/2003 del Consiglio, del 22 luglio 2003, relativo allo statuto della società cooperativa europea;
- dalla Direttiva 2003/72/CE del Consiglio, del 22 luglio 2003 e successive rettifiche, che specifica nello statuto della società cooperativa europea il coinvolgimento dei lavoratori.

La SCE può essere costituita *ex art. 2* Regolamento (CE) 1435/2003 nei modi seguenti:

- da almeno cinque persone fisiche residenti in almeno due stati membri;
- da almeno cinque persone fisiche e società, nonché da altre entità giuridiche di diritto pubblico o privato, costituite conformemente alla legge di uno Stato membro e che abbiano la sede sociale in almeno due Stati membri diversi o siano soggette alla legge di almeno due Stati membri diversi;
- da società e altre entità giuridiche di diritto pubblico o privato costituite conformemente alla legge di uno Stato membro che siano soggette alla giurisdizione di almeno due Stati membri diversi;
- mediante fusione di cooperative costituite secondo la legge di uno Stato membro e aventi la sede sociale e l’amministrazione centrale nella Comunità, se almeno due di esse sono soggette alla legge di Stati membri diversi;
- mediante trasformazione di una cooperativa, costituita secondo la legge di uno Stato membro ed avente la sede sociale e l’amministrazione centrale nella Comunità, se ha da almeno due anni una filiazione o una succursale soggetti alla legge di un altro Stato membro.

Lo Statuto della Società Cooperativa Europea è disciplinato secondo la Direttiva 2003/72/CE, ed ha *“l’obiettivo è quello di creare un contesto normativo idoneo per permettere alle cooperative di operare in tutta l’Unione Europea con un’unica personalità giuridica e stesse regole, così come previsto per le società per azioni con lo sta-*