



LA SORTE DEL CONTRATTO NELL'IPOTESI DI RICICLAGGIO

di

Giovanni Sciancalepore

Sommario: 1. Il dec. lgs. n. 231 del 2007 e il principio di trasparenza. 2. Dalla *trasparenza* delle azioni alla *diligenza* degli operatori: l'obbligo di *customer due diligence* come misura di contrasto alla circolazione di capitali illeciti. 3. La violazione delle previsioni antiriciclaggio e la possibile incidenza sulla validità del contratto. 3.1. Norme sull'atto e norme sul comportamento: regole di validità *vs.* regole di responsabilità ?. 3.2. *Contratto – mezzo*, nullità virtuale e la funzione determinante della meritevolezza di tutela.

1. Il dec. lgs. n. 231 del 2007 e il principio di trasparenza.

Con il decreto legislativo del 21 novembre 2007 n. 231, attuativo della Direttiva 2005/60/CE relativa alla prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo, e le sue successive modifiche, da ultimo quella ad opera del cosiddetto “decreto salva Italia” (decreto legge 6 dicembre 2011 n. 201), si cristallizzano le linee guida della normativa antiriciclaggio, all'attenzione del legislatore a partire dalla fine degli anni novanta¹.

Obiettivo primario della disciplina è la predisposizione di forti misure di contrasto allo sviluppo del riciclaggio che, com'è noto, attraverso il processo di

¹ Benché non sia stata ancora oggetto di recepimento da parte dell'Italia, merita di essere menzionata la IV Direttiva antiriciclaggio (2015/849/CE), approvata dal Parlamento Europeo e dal Consiglio il 20 maggio 2015 (pubblicata in *Gazz. Uff. Un. Eur.*, 5 giugno 2015), nel tentativo di rendere maggiormente efficace l'azione di contrasto alla criminalità economica. Le nuove disposizioni hanno come dichiarato intento quello di potenziare una serie di aspetti già attualmente disciplinati, nonché di armonizzare le misure antiriciclaggio approntate dagli Stati membri allo scopo di renderle quanto più omogenee possibile. In particolare, mira alla semplificazione ed alla razionalizzazione degli obblighi gravanti sui professionisti di verifica della clientela, registrazione dei dati, denuncia di irregolarità e all'azzeramento dell'eccessiva eterogeneità della risposta sanzionatoria dei singoli Stati che mina l'efficienza dell'azione di contrasto rendendo frammentaria la risposta dell'Unione.



“ripulitura” e di reimmersione nel mercato dei proventi illeciti, si configura quale scopo principale o collaterale di qualunque attività economico – criminale².

Il fenomeno, ormai di remota matrice, è favorito dalla globalizzazione dell’economia e tende a diffondersi in un contesto sempre più internazionale, facendo breccia negli ordinamenti contraddistinti da normative fiscali poco prudenziali e garantistiche.

Tale presa di coscienza, ha determinato l’adozione di politiche di prevenzione e contrasto tese ad un’armonizzazione massima³, capace di neutralizzare la diversità delle regole in grado di consentire arbitraggi normativi e spazi per l’infiltrazione delle attività illegali e del connesso riciclaggio. Con la Direttiva 2005/60/CE, l’Unione si è dotata di un presidio avanzato nella politica di difesa e contrasto del *money laundering*, introducendo l’obbligo di realizzare procedure di controllo da modulare secondo un criterio *risk based*.

² La letteratura sul tema è molto ampia. Sulla portata innovativa del decreto e l’impatto della disciplina sul sistema penale cfr. *ex pluris* A. CANO, *Problemi evolutivi e nuove prospettive in tema di riciclaggio di denaro, beni o altre utilità*, in *Cass. Pen.*, 2014, 6, 2324 ss.; C. DI GREGORIO - G. MAINOLFI - G. RISPOLI, *Antiriciclaggio: prevenzione e nuovi obblighi. Le novità del d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231*, Roma, 2008, 109 ss.; C. RUGGIERO, *La nuova disciplina dell’antiriciclaggio dopo il d. lgs. 21 novembre n. 231*, Torino, 2008, 67 ss. Sul rapporto tra reati fiscali e riciclaggio e l’espansione della nozione di quest’ultimo come incremento del perimetro di applicazione dell’art. 648 *bis* c.p. Cfr. R. CORDEIRO GUERRA, *Reati fiscali e riciclaggio*, in *Riv. dir. trib.*, 2013, 12, 1163 ss.

³ Si menziona *in primis* l’emanazione di una serie di Direttive aventi quale obiettivo principale il contrasto al fenomeno. Alla prima Direttiva n. 1991/308/CE, sono seguite la seconda (2001/97/CE), la terza (2005/60/CE) e, da ultimo, la quarta (2015/849/CE). Tra le altre iniziative dell’Unione Europea che hanno delineato un quadro organico delle misure antiriciclaggio, meritano di essere ricordati: la Decisione del Consiglio del 17 ottobre 2000 n. 2000/642/GAI, concernente le modalità di cooperazione tra le unità di informazione finanziaria degli Stati membri per quanto riguarda lo scambio di informazioni; il Regolamento n. 1889/2005/CE, relativo ai controlli sul denaro contante in entrata nell’Unione o in uscita dalla stessa, che armonizza il quadro normativo comunitario, introducendo disposizioni volte a garantire un livello equivalente di sorveglianza sui movimenti di denaro contante attraverso le frontiere della Unione Europea; il Regolamento n. 1781/2006/CE, che detta disposizioni sulle informazioni che devono accompagnare i bonifici bancari.



Il decreto, in altri termini, articola il livello della tutela in relazione alle potenzialità dei rischi relativi alla specificità delle situazioni contemplate e alla natura dei soggetti coinvolti.

Benché il tema, data la stretta relazione con la commissione di un fatto-reato (artt. 648-*bis* e 648-*ter* del codice penale), sia stato lungamente considerato di esclusivo appannaggio della dottrina penalistica, dalla lettura delle disposizioni del decreto, emerge distintamente il mutamento di prospettiva che caratterizza la normativa in oggetto, volta alla predisposizione di una tutela di tipo marcatamente preventivo, più che repressivo – sanzionatorio.

In altri termini, la presa di coscienza dell'inadeguatezza delle sole strategie tradizionali di matrice punitiva ad arginare il fenomeno, ha spinto verso l'adozione di misure di contrasto tese a verificare le attività economiche rilevanti, allo scopo di attuare una maggiore trasparenza del mercato attraverso il riscontro delle informazioni finanziarie⁴.

L'attuale consapevolezza della duplice dimensione, pubblicistica e privatistica, del riciclaggio impone, dunque, lo studio delle tematiche ad esso sotteso anche alla luce dei principi generali dell'ordinamento⁵.

In tale ottica, è il principio generale di trasparenza⁶ che orienta le disposizioni della Direttiva 2005/60/CE e del decreto 231/2007: sono le regole sulla

⁴ Lo sottolinea A. COSSEDDU, *Riciclaggio: complessità di un "percorso" normativo*, in *Cass. pen.*, 2010, 10, 364 ss.

⁵ Il tema è trattato da A. DI AMATO, *Contratto e reato. Profili civilistici*, in *Tratt. dir. civ. Cons. Naz. Notariato*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2003, 228.

⁶ In materia di trasparenza contrattuale cfr. *ex pluris* G. ALPA, *La trasparenza del contratto nei settori bancario, finanziario e assicurativo*, in *Giur. it.*, 1992, IV, 409 ss.; ID, *La trasparenza bancaria*, Bari, 2003, 201 ss.; C.M. BIANCA, *Il contratto*, in *Diritto civile 3*, Milano, 2000, 390; F. DI GIOVANNI, *La regola di trasparenza nei contratti dei consumatori*, Torino, 1998; E. MINERVINI, *La trasparenza delle condizioni contrattuali (contratti bancari e contratti con i consumatori)*, in *Banca Borsa Tit. Cred.*, 1997, 94 ss.; ID, *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Napoli, 1999, 129 ss.



tracciabilità dei pagamenti, sulla raccolta dei dati relativi alle movimentazioni di danaro e sul monitoraggio delle operazioni finanziarie che consentono l'individuazione e, quindi, la possibilità di contrasto delle attività dei soggetti dediti ad iniziative di conservazione, incremento e smaltimento di capitali di provenienza illecita.

Si assiste ad un'estensione della portata applicativa del principio di trasparenza, le cui prerogative di chiarezza e conoscibilità dei contenuti contrattuali superano lo spazio della trattativa individuale, per interessare l'intero mercato, quale luogo di scambio delle informazioni finanziarie⁷. La tracciabilità delle operazioni economiche, in uno con le misure di contrasto approntate, lungi dall'essere considerate una limitazione dell'autonomia negoziale, rappresentano la base del corretto funzionamento del sistema economico e finanziario, che possa stimolarne l'integrità e la crescita nell'ottica del principio di legalità degli scambi, al fine del pieno rispetto dei principi comunitari.

Se l'Unione Europea offre ai suoi cittadini uno spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia al fine di garantire la libera circolazione di beni e servizi, deve essere in grado di approntare quelle contromisure che possano comprometterne il regolare andamento.

⁷ Lo sottolinea G. ALPA, *Quando il segno diventa comando: la "trasparenza" dei contratti bancari, assicurativi e dell'intermediazione finanziaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 2, 465 ss., soffermandosi sull'impiego sempre più frequente che il termine "trasparenza" ha avuto nell'ultimo decennio. In origine utilizzato per indicare la necessità che determinati contratti, destinati al cosiddetto contraente debole o consumatore, fossero quanto più intellegibili possibili, data la sostanziale imposizione delle clausole in essi contenute, in assenza di qualsiasi contrattazione in ordine al loro contenuto (si allude ovviamente alle condizioni generali di contratto), successivamente, impiegato in una "accezione più connotata e specifica", relativa cioè al mercato finanziario. Sulla trasparenza nei servizi di pagamento un'efficace sintesi è di B. PIACENTINI, *Osservatorio sulla trasparenza nei servizi di pagamento: il provvedimento di Banca d'Italia 20 giugno 2012*, in *Banca Borsa Tit. Cred.*, 2014, 4, 3449 ss.



Le norme antiriciclaggio si traducono, allora, nella predisposizione di dettagliati obblighi, stabiliti allo scopo di rendere operante la finalità di prevenzione del fenomeno del riciclaggio mediante l'identificazione degli operatori del mercato, la comunicazione di dati e le prescrizioni di forma e contenuto contrattuali, la cui violazione è sanzionata sul piano civile e amministrativo.

Il principio di trasparenza attribuisce, dunque, coerenza alla disciplina, orientandone le principali linee guida.

La smaterializzazione del denaro congiuntamente all'incentivo all'uso di strumenti alternativi al pagamento in contanti⁸, nonché gli obblighi previsti per quei destinatari che, in ragione dell'attività professionale svolta, si trovino coinvolti in operazioni economiche, hanno come finalità ultima la creazione di un mercato in cui la qualità della "trasparenza" possa essere riferita contestualmente ai soggetti in esso operanti, e a tutte le attività economiche svolte, potenzialmente interferenti con condotte penalmente rilevanti.

⁸ Il riferimento è alle limitazioni dell'impiego di contanti e al conseguente incentivo all'utilizzo di sistemi alternativi che possano assicurarne la tracciabilità. In un'ottica di evoluzione normativa può, senza dubbio, affermarsi il superamento dell'interpretazione tradizionale dell'art. 1277 c.c. in base al quale la moneta contante sarebbe l'unico mezzo in grado di soddisfare la pretesa creditoria. Nel sistema vigente, la moneta, entro certi limiti, diviene una modalità estintiva dell'obbligazione pecuniaria, accanto ad altre. Sulla questione, si è espresso il giudice di legittimità per il quale: «Nelle obbligazioni pecuniarie il cui importo sia inferiore a 12.500 euro o per le quali non sia imposta per legge una diversa modalità di pagamento, il debitore ha facoltà di pagare, a sua scelta, in moneta avente corso legale nello Stato o mediante consegna di assegno circolare; nel primo caso il creditore non può rifiutare il pagamento, come, invece, può nel secondo solo per giustificato motivo da valutare secondo la regola della correttezza e della buona fede oggettiva; l'estinzione dell'obbligazione con l'effetto liberatorio del debitore si verifica nel primo caso con la consegna della moneta e nel secondo quando il creditore acquista concretamente la disponibilità giuridica della somma di denaro, ricadendo sul debitore il rischio dell'inconvertibilità dell'assegno». Cass. civ., Sez. Un., 18 febbraio 2007, n. 26617, su www.itagiure.giustizia.it. In argomento V. CARBONE, *Pagamento mediante consegna di assegno circolare*, in *Corr. Giur.*, 2008, 2, 1658 ss.; F. MORCAVALLO, *L'adempimento dell'obbligazione pecuniaria mediante consegna di assegni circolari: inquadramento sistematico e valenza tecnico-applicativa di un orientamento evolutivo*, in *Nuov. Giur. Civ. Comm.*, 2008, 6, 10751 ss.; B. RONCHI, *L'estinzione dell'obbligazione pecuniaria attraverso la consegna di assegno circolare*, in *Not.*, 2008, 5, 505 ss.



Manifesto è il richiamo all'art. 41 Cost. che aspira alla creazione di un modello economico libero, trasparente e corretto, nonché il legame tra la disciplina antiriciclaggio e la tutela del risparmio, di cui all'art. 47 Cost.

2. Dalla trasparenza delle azioni alla *diligenza* degli operatori: l'obbligo di *costumer due diligence* come misura di contrasto alla circolazione di capitali illeciti.

Sul fronte delle condotte adempitive, il decreto, dopo aver vietato l'uso generalizzato del denaro contante e dei titoli al portatore per i pagamenti di importo pari o superiore ai mille euro (soglia elevata a tremila euro dalla cosiddetta legge di Stabilità), nella dichiarata finalità di rendere tracciabili i flussi di moneta, si rivolge a determinate categorie di soggetti, rendendoli destinatari di obblighi di adeguata verifica della clientela (capo I), di registrazione (capo II) e di segnalazione (capo III).

Trattasi di un complesso di disposizioni teso a irreggimentare le condotte degli operatori del mercato (intermediari bancari e finanziari, professionisti legali e contabili artt. 10-14) in puntuali doveri comportamentali, al fine di contrastare il fenomeno del riciclaggio mediante un sistema marcatamente preventivo⁹.

⁹ L'art. 12 del dec. lgs. 2007 n. 231 individua, quali "professionisti" tenuti ai suddetti obblighi, i soggetti iscritti nell'albo dei dottori commercialisti, gli esperti contabili, i consulenti del lavoro e gli altri soggetti che rendono servizi commerciali e tributari analoghi, i notai e gli avvocati quando, in nome e per conto dei propri clienti, compiono qualsiasi operazione di natura finanziaria o immobiliare e quando assistono i propri clienti nella predisposizione o nella realizzazione di operazioni quali trasferimenti immobiliari, altre attività economiche, gestione di danaro, di strumenti finanziari o di altri beni, apertura o gestione di conti correnti bancari, libretti di deposito e conti di titoli, costituzione, gestione o amministrazione di società, enti, trust o soggetti giuridici analoghi. A questi vanno aggiunte le società di revisione iscritte nell'albo



Precisamente, dalla lettura del testo, emergono tre specifiche finalità: la conoscenza della clientela con la quale si effettuano le transazioni commerciali, la registrazione delle suddette mediante apposita documentazione e, infine, la denuncia delle operazioni giudicate sospette¹⁰. L'obbligo di *costumer due diligence* può, senza dubbio, essere considerato il fulcro dell'intera normativa antiriciclaggio, in quanto teso a smascherare l'intenzione di porre in essere comportamenti illegittimi. È, infatti, solo dalla adeguata conoscenza dei soggetti con i quali si instaurano rapporti commerciali o professionali che può nascere il ragionevole sospetto che siano state compiute o siano in corso condotte tese al riciclaggio o al finanziamento di attività terroristiche.

Il dubbio in ordine all'anomalia delle operazioni può desumersi secondo il disposto dell'art. 41 del dec. lgs. n. 231 del 2007 dalle «caratteristiche, entità, natura dell'operazione o da qualsivoglia altra circostanza conosciuta in ragione delle funzioni esercitate» e può essere riscontrato mediante alcuni indici di «irregolarità», emanati periodicamente con provvedimento della Banca d'Italia.

Ai fini della «valutazione della clientela», gli artt. 18 e ss. del decreto introducono il *risk based approach*¹¹ ovvero la necessità di modulare la severità ed il rigore dell'obbligo di identificazione del cliente in relazione all'esigenze concrete

speciale, i soggetti iscritti nel registro dei revisori contabili (art. 13), così come altri soggetti iscritti in appositi albi o registri, il cui esercizio resta subordinato al rilascio di licenze o autorizzazioni, come, ad esempio, i soggetti che svolgono attività di recupero crediti, per conto terzi, di gestione di case da gioco, di offerta, anche mediante rete telematica, di giochi, scommesse o concorsi pronostici con vincite in denaro, agenzie di affari in mediazione immobiliare. Nel dettaglio si veda l'art. 14. Sul tema E. AMODIO, *Prevenzione del riciclaggio e obblighi di collaborazione dei professionisti*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2008, 1051 ss.; A. BARCA, *Lotta al riciclaggio, adempimenti e obblighi per l'avvocato*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2006, 11, 591 ss.

¹⁰ Sul punto G. MAINOLFI, *Le transazioni sospette: controlli e adempimenti*, Roma, 2004, 265 ss.; U. MORERA, *Sul sospetto riciclaggio e sull'obbligo di segnalazione: un cambio di prospettiva significativo*, in *Bancaria*, 2009, 1, 78 ss.

¹¹ Si veda P. FRATANGELO, *L'approccio basato sul rischio nella normativa antiriciclaggio*, in *Bancaria*, 2009, 2, 70 ss.



vagliabili su parametri quali la natura della controparte, la tipologia di operazione richiesta, l'area geografica di conclusione della stessa. Trattasi, con tutta evidenza, di un potenziamento della diligenza professionale che si arricchisce di nuovi doveri, specificati dall'art. 18 del dec. lgs. n. 231 del 2007, per il quale i soggetti destinatari delle disposizioni sono chiamati ad identificare il cliente e verificarne l'identità sulla base di documenti, dati o informazioni ottenuti da una fonte affidabile e indipendente; individuare l'eventuale titolare effettivo e constatarne l'identità; ottenere informazioni sullo scopo e sulla natura prevista del rapporto continuativo o della prestazione professionale¹².

Si è passati dalla mera segnalazione delle operazioni sospette, fulcro della normativa *ante* decreto del 2007, alla ponderazione delle medesime in relazione ad un reale sistema di *rating*.

La verifica della clientela, si sostanzia, inoltre, nell'ipotesi di un'entità giuridica a sé, nell'identificazione delle persone da quest'ultima controllate o che risultino beneficiari dei rapporti ad essa formalmente ascrivibili¹³.

¹² R. RAZZANTE, *Antiriciclaggio tra doveri e notitiae criminis*, in *Giur. it.*, 2013, 213 ss.

¹³ In tal senso si veda l'ordinanza del Tribunale di Milano 17 luglio 2013 che opera una vera e propria interpretazione estensiva dell'art. 21 del dec. lgs. n. 231 del 2007 in relazione agli obblighi informativi gravanti sul cliente. In estrema sintesi, l'ordinanza accoglie il reclamo di talune società di capitali – tenute alle prescrizioni di cui all'art. 21 del decreto sul riciclaggio in quanto clienti di intermediari – verso l'ente al vertice del gruppo di appartenenza. Le ricorrenti chiedevano cioè al Tribunale di Milano di ordinare la produzione di quanto necessario all'identificazione del titolare effettivo delle resistenti, non riuscendo ad ottenere *aliunde* le informazioni necessarie, in quanto i soggetti in questione risultavano residenti in Paesi che assicurano l'anonimato delle partecipazioni societarie o, comunque, sono sprovvisti di registri consultabili al pubblico. Il Collegio sulla base del mero dato letterale e del contenuto di carattere prescrittivo dell'art. 21, conclude in senso positivo, argomentando il *decisum* dalla lettura sistematica delle previsioni contenute nel dec. lgs. n. 231 del 2007, nonché dal principio generale di buona fede. Così è chiarito che «Il diritto del cliente di ottenere le informazioni strumentali all'adempimento dei propri obblighi informativi a beneficio dei soggetti identificati dalla normativa antiriciclaggio e lo speculare obbligo del titolare effettivo sono altresì enucleabili dai principi di buona fede. Tra la società al vertice di un gruppo societario e le società sottostanti s'instaura una relazione contrattuale, derivante dall'acquisizione delle quote, e in ogni caso un



Simmetricamente, alle condotte identificative gravanti sugli “intermediari” lato *sensu* considerati, i clienti sono tenuti a fornire sotto la propria responsabilità tutte le informazioni richieste.

L'onere della prova di aver approntato gli strumenti idonei all'espletamento del suddetto monitoraggio grava sugli intermediari e, in generale, sui destinatari della disciplina.

Va precisato, ai fini di una reale *disclosure* della clientela, che gli obblighi di verifica non si risolvono nella fase iniziale del rapporto contrattuale ma si estendono per tutta la durata del medesimo, come espressamente richiesto dall'art. 18 del dec. lgs. n. 231 del 2007, che prescrive altresì – art. 21 – doveri collaborativi a carico dei clienti, i quali sono tenuti a fornire «sotto la propria responsabilità, tutte le informazioni necessarie e aggiornate per consentire ai soggetti destinatari di adempiere agli obblighi di adeguata verifica della clientela».

Le puntuali e dettagliate prescrizioni normative, espressione della necessità del “controllo”, quale attività preventiva indispensabile alla lotta al riciclaggio, confermano il valore della trasparenza come principio cardine della disciplina.

Gli obblighi di condotta del dec. lgs. 21 novembre 2007 n. 231, non riguardano solo – come prevedeva la prima direttiva antiriciclaggio (1991/308/CE) – gli uffici della pubblica amministrazione, gli intermediari bancari e finanziari, le imprese assicurative e gli altri protagonisti del sistema finanziario ma si indirizzano a diverse categorie di operatori economici¹⁴. I destinatari degli

contatto sociale rilevante sotto un profilo di reciproci rapporti, trattandosi di applicare anche in questo contesto i principi (di buona fede) sottesi alla responsabilità gestoria di cui all'art. 2497 c.c., diretti alla protezione delle prerogative degli stakeholder delle società controllate». In argomento G. CAPOLINO-PERLINGIERI e S. CAVALLO, *Dilatazione del “facere informativo” del cliente ai sensi della normativa antiriciclaggio: tra esigenze di coerenza sistematica e obblighi di buona fede - Il commento*, in *Società*, 2014, 10, 1089 ss.

¹⁴ Cfr. artt. 10-14 del decreto.



obblighi, come già previsto dalla seconda direttiva antiriciclaggio – 2001/97/CE – sono tutti coloro che occupandosi di attività di carattere economico – giuridico, pongono in relazione i propri clienti con il sistema finanziario.

Orbene, costoro, nel momento in cui prestano assistenza ad operazioni di tipo economico e finanziario, costituiscono un valido strumento di ispezione dei canali di accesso al sistema medesimo; un primo filtro, idoneo ad individuare anomalie sintomatiche di condotte *contra legem* e a consentire quindi l'intervento delle autorità preposte istituzionalmente al contrasto delle attività illecite¹⁵.

L'opera di “necessaria collaborazione” che si traduce nell'ampliamento dei doveri di diligenza nell'esercizio delle professioni, dalla mera verifica alla eventuale denuncia, consente di potenziare il controllo dell'attività creditizia nel suo complesso, nel segno di una sempre maggiore trasparenza del mercato bancario e finanziario.

3. La violazione delle previsioni antiriciclaggio e la possibile incidenza sulla validità del contratto.

La prima legge in materia di antiriciclaggio (la n. 197 del 1991) aveva come suoi naturali destinatari le banche, gli uffici della pubblica amministrazione nonché i

¹⁵ Sugli obblighi antiriciclaggio si veda A. DE VIVO, *Obblighi antiriciclaggio: i dubbi dei professionisti e le recenti risposte delle Autorità*, in *Fisco*, 2013, 2209 ss. L'A. sottolinea il disagio dei destinatari degli obblighi previsti dal dec. lgs. n. 231 del 2007: a causa delle lacune nella disciplina e dell'assenza dei regolamenti previsti per l'attuazione degli obblighi di adeguata verifica della clientela e per quelli di conservazione e registrazione dei dati, è diventato molto frequente il ricorso all'U.I.F. (Unità di formazione finanziaria per l'Italia) e alla Guardia di Finanza al fine di ottenere chiarimenti in merito alla modalità con le quali dar corso alle prescrizioni di legge, da parte dei soggetti obbligati al loro rispetto.



pubblici ufficiali, i quali in presenza di una trasgressione della normativa erano vincolati ad inoltrare una comunicazione al Ministero del Tesoro.¹⁶

Il dec. lgs. n. 231 del 2007 va ribadito accresce la platea delle categorie coinvolte, rivolgendosi, oltre che agli operatori commerciali, anche ad un'ampia gamma di professionisti legali. Così accanto al divieto generalizzato dell'uso di contanti e dei titoli al portatore oltre la soglia stabilita (art. 49 dec. lgs. 2007 n. 231), gli specifici obblighi di cui al Titolo II del decreto, di verifica della clientela, registrazione e segnalazione, gravano, allo stato, su notai, avvocati, ragionieri, periti commerciali, commercialisti e consulenti del lavoro.

Mentre alcune prescrizioni comportamentali, quali la necessità di identificare il cliente e raccogliere informazioni sulla prestazione professionale oggetto del rapporto di lavoro, rientrano, in realtà, nell'ambito dei consueti doveri di diligenza professionale, altre previsioni normative¹⁷, quali la registrazione dei mezzi di pagamento utilizzati e soprattutto la segnalazione all'autorità pubblica di attività sospette, si traducono in misure assolutamente inusuali per il diritto civile, prossime alle dinamiche tipiche del diritto penale, basate sull'endiadi precetto-sanzione.

Quanto alle conseguenze relative alla violazione delle disposizioni contenute nell'art. 49 del dec. lgs. 2007 n. 231, sono previste diverse sanzioni pecuniarie che variano a seconda dell'importo trasferito (dall'un per cento al quaranta per cento). Analogamente, il decreto dispone sanzioni amministrative per l'inosservanza del divieto dei conti e libretti di risparmio anonimi o con intestazione fittizia (art. 50),

¹⁶ Così l'art. 5, comma 2, della legge n. 197 del 1991.

¹⁷ Cfr. il Titolo II° del decreto.



nonché per le violazioni dell'obbligo di comunicazione al Ministero dell'economia e delle finanze delle infrazioni di cui al Titolo III (art. 51)¹⁸.

L'accertamento delle violazioni, nei limiti di competenze specifiche, è a carico di diverse autorità di vigilanza: il Ministero dell'Economia e delle Finanze, la U.I.F.¹⁹, le amministrazioni interessate, la Guardia di Finanza e la DIA, che hanno l'obbligo di provvedere alla contestazione della trasgressione (art. 60 del dec. lgs. 2007 n. 231)²⁰.

Particolarmente interessante è l'inciso del comma 1 dell'art. 58 del dec. lgs. in discorso, che, nell'individuare le sanzioni pecuniarie amministrative, «fa salva l'efficacia degli atti».

È evidente come mediante la suddetta previsione, per ora considerata nella sua accezione meramente letterale, il legislatore abbia voluto preservare l'efficacia del trasferimento avvenuto in dispregio delle prescrizioni sulla tracciabilità, con la conseguenza che l'obbligazione adempiuta si considera estintiva del pagamento.

Opinando diversamente, se cioè l'intenzione fosse stata quella di colpire l'atto nella sua dimensione strutturale (o nella produzione degli effetti) sicuramente sarebbe stata approntata una disposizione *ad hoc*. Va considerata la metodologia

¹⁸ Tutto il Titolo V° del decreto è dedicato ai provvedimenti sanzionatori. Si rinvia al testo normativo ai fini dell'individuazione delle singole sanzioni.

¹⁹ L'Unità di informazione finanziaria per l'Italia. Trattasi di un organismo nazionale, costituito presso la Banca d'Italia, allo scopo di raccogliere, analizzare e inoltrare agli organi investigativi le segnalazioni di operazioni sospette. La sede non è casuale in quanto la permanenza dell'U.I.F. presso la Banca d'Italia permette di integrare i dati raccolti con il patrimonio conoscitivo dell'organo creditizio e di sfruttarne altresì le ampie competenze. L'U.I.F. rappresenta il punto di collegamento tra la componente privata (da cui provengono le segnalazioni), e quella pubblica deputata al controllo delle stesse e all'eventuale allerta degli organi investigativi. Infatti, la sua funzione principale si sostanzia nella verifica delle operazioni sospette provenienti da intermediari, professionisti e altri operatori destinatari dei relativi obblighi.

²⁰ Sulle sanzioni previste dal decreto utile è la sintesi di L. PISTORELLI, *La normativa antiriciclaggio introdotta dal D.L.G. 21 novembre 2007 n. 231*, in *Giur. mer.*, 2008, 2468.



utilizzata dal legislatore nel caso della legge antimafia sui contratti pubblici che ha sancito l'invalidità del contratto per violazione delle norme antiriciclaggio²¹. In questa particolare ipotesi, l'esigenza di "evidenza pubblica" obbliga in maniera incisiva la pubblica amministrazione appaltante al rispetto della tracciabilità dei pagamenti, prevedendo a suo carico l'inserimento negli incipienti contratti, «a pena di nullità assoluta», di una clausola in grado di garantire la tracciabilità dei flussi finanziari.

Nel caso in esame, oltre ogni considerazione sull'opportunità di preservare l'efficacia dei pagamenti per garantire la certezza in merito alla circolazione dei capitali, si avverte, tuttavia, la necessità di riflettere sulla portata del divieto derivante dall'art. 49 del dec. lgs. 2007/231, e, di conseguenza, sull'opportunità della scelta legislativa.

Da una parte, si vieta il trasferimento di danaro contante, di libretti di deposito al portatore o di titoli al portatore che siano di valore pari o superiori a mille euro (allo stato attuale tremila euro), se compiuti senza l'intermediazione di banche,

²¹ Il riferimento è all'art. 3 della legge 13 agosto 2010 n. 136, rivisitata dal d.l. 12 novembre 2010 n. 187. Innanzitutto, sotto il profilo formale, la stazione appaltante, nei contratti sottoscritti con gli appaltatori relativi ai lavori, ai servizi ed alle forniture deve inserire, «a pena di nullità», una specifica clausola con la quale si «assumono gli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari». Inoltre, il contratto stipulato deve contenere una apposita clausola risolutiva espressa «da attivarsi in tutti i casi in cui le transazioni sono state eseguite senza avvalersi delle banche o della società Poste italiane». Allo scopo poi di scongiurare possibili aggiramenti della disposizione, l'appaltatore, il subappaltatore o il subentrante che ha notizia dell'inadempimento della propria controparte agli obblighi di tracciabilità finanziaria «procede alla immediata risoluzione del rapporto contrattuale». In tal caso gli stessi soggetti sono obbligati ad informare di tale circostanza, «contestualmente», la stazione appaltante e la prefettura, ufficio territoriale del Governo territorialmente competente. Per un commento alla normativa, si veda S. CAPOLUPO, *L. 13 agosto 2010 n.136 – Appalti pubblici. Tracciabilità dei flussi finanziari e ricadute fiscali*, in *Fisco*, 2010, 5836; M. FRANCAVILLA, *La tracciabilità finanziaria nei contratti pubblici*, in *Corr. Mer.*, 2011, 3; M. MEOLI, *L. 13 agosto 2010 n.136. Contratti pubblici. Tracciabilità dei flussi finanziari*, in *Fisco*, 2010, 5742 ss.



istituti di moneta elettronica o Poste italiane S.p.a. (art. 49); dall'altra, si afferma la piena efficacia del pagamento eseguito con modalità diverse (art. 58).

Non può essere taciuta la distonia insita nel dato normativo, laddove l'efficacia, comunque garantita, sembra travolga e dissolva la stessa consistenza del divieto di cui all'art. 49 in discorso.

La clausola di salvaguardia espressa all'art. 58 del decreto, ferma alla sua grammatica, veicola l'idea che la sola sanzione di natura amministrativa si configura come rimedio congruo, idoneo a garantire l'effettività della norma imperativa violata.

Elevando l'attenzione dal dato letterale, affidando la riflessione a modalità ermeneutiche spiccatamente problematiche, ci si avvede – *prima facie* – dell'inadeguatezza della soluzione normativa adottata. Infatti, trattandosi di una norma imperativa che sancisce limiti inderogabili alla volontà privata per la tutela di interessi generali, occorre chiedersi perché dalla sua violazione non derivi una risposta sanzionatoria ulteriore. Perché cioè il legislatore si sia "accontentato" di disporre una sanzione amministrativa e non abbia previsto alcuna forma d'invalidità per il contratto concluso dalle parti, in dispregio delle prescrizioni anti-riciclaggio, nella specie, rappresentata dall'art. 1418, co.1, c.c.

Il primo comma dell'art.1418 c.c., che codifica l'ipotesi di nullità cosiddetta "virtuale", infatti, lungi dal prevedere un'elencazione tassativa, rappresenta una categoria "aperta", suscettibile di essere contenutisticamente identificata, per il tramite del riferimento all'elemento normativo dell'imperatività.

Spetta, quindi, all'interprete individuare le fattispecie concrete ad essa potenzialmente riconducibili, in quanto il giudizio sulla *imperatività* o meno di una disposizione, non è postulabile a priori, ma resta affidato ad un'indagine casistica



che l'autorità giudiziaria è chiamata a compiere in relazione all'interesse sotteso alla norma oggetto di violazione²².

Verosimilmente, il legislatore ha favorito l'opinabile soluzione adottata trasponendo dogmaticamente l'ormai nota distinzione, modellata dalla giurisprudenza di legittimità, tra norme sull'atto e norme sul comportamento, la quale esclude che dalla violazione di norme imperative di comportamento, come nel caso in esame, possa scaturire la nullità del contratto, al di fuori dei casi espressamente previsti dalla legge.

Il principio della separazione tra regole di validità e regole di comportamento, ripudia infatti ogni interferenza tra le stesse, ritenute conformi a logiche distinte: le prime alla valutazione della corrispondenza strutturale dell'atto al paradigma legale, le seconde al controllo funzionale del contratto.

Ne deriva che, in via generale, all'inosservanza di norme di comportamento facciano seguito solo conseguenze risarcitorie e giammai invalidanti, salvo eccezioni, perché l'infrazione di una norma di condotta non incide sugli elementi costitutivi o sulla legittimità del negozio.

Tale distinguo, non appare, tuttavia, sempre condivisibile, soprattutto perché sembra non cogliere, alla luce dei recenti avvenimenti di cronaca in tema di mancanza di sicurezza sugli investimenti, la profonda interrelazione esistente tra integrità del mercato e rimedi contrattuali a tutela dei traffici che nello stesso hanno luogo²³.

²² In verità, la disposizione *de qua* ritrae, a giudizio della dottrina civilistica italiana, una delle ipotesi più controverse e di difficile interpretazione del codice civile. Lo sottolinea G. MASTROPASQUA, *L'art. 1418, comma 1°, cod. civ.: la norma imperativa come norma inderogabile*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2014, I, 49 ss.

²³ A tal proposito va sottolineato come lo stesso legislatore preveda, in diversi casi, che la violazione di una regola comportamentale produca conseguenze ulteriori rispetto alla classica risposta risarcitoria. Si pensi alla nullità del contratto di multiproprietà in cui l'alienante non



La linea di confine tracciata dalla giurisprudenza di legittimità, rischia, come meglio si dirà²⁴, di frustrare le finalità sottese alla disciplina antiriciclaggio, nel segno di una tutela *debole* e incompleta.

Ma vi è di più, a contestare l'esistenza e l'operatività della clausola di salvaguardia di cui al comma 1, dell'art. 58, si aggiungono le ragioni alla base della *vexata quaestio* relativa alla sorte di un contratto stipulato in contrasto con una prescrizione penale e, quindi, alle possibili conseguenze in ordine alla sua validità, nell'ipotesi di interferenze tra la disciplina penalistica e le regole di diritto civile²⁵.

Profilo che, nell'ipotesi in oggetto, cioè nella manifesta circostanza del ricorrere di una fattispecie penalmente rilevante, non può essere trascurato.

3.1 Norme sull'atto e norme sul comportamento: regole di validità vs. regole di responsabilità?

La complessità del tema qui considerato impone di ponderare se alla violazione dell'art. 58 del dec. lgs. 2007/231 possa conseguire la nullità del contratto, *ex art.* 1418, comma 1°, c.c.²⁶. In senso generale, vi osterebbe la distinzione tra regole di validità e regole di responsabilità, elaborata in ambito pretorio: essendo, infatti, il trasferimento del denaro incontestabilmente un "comportamento", sarebbe escluso che dalla sua violazione possa discendere la nullità del negozio.

rilasci fideiussione (art. 2, dec. lgs. n. 122 del 2005) o, a quella prevista nei contratti telefonici, nel caso in cui il professionista non dichiari subito il suo ruolo e la finalità della telefonata (art. 52, comma 3 del codice del consumo).

²⁴ Cfr. § 3.1.

²⁵ Cfr. § 3.2.

²⁶ Avendo il legislatore optato espressamente per "la salvezza dell'efficacia degli atti", *prima facie* non vi sarebbero dubbi in ordine alla scelta sulla validità degli atti commessi in dispregio alla normativa antiriciclaggio.



Con le note sentenze gemelle delle Sezioni Unite del 19 dicembre 2007, n. 26724 e n. 26275, in merito alla responsabilità degli intermediari finanziari, i giudici di legittimità hanno stabilito che dalla violazione di norme di comportamento discendono conseguenze risarcitorie e non invalidanti, a meno che non sia il legislatore stesso a prevederle²⁷. E in particolare che «la violazione dei doveri d'informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi d'investimento finanziario può dar luogo a responsabilità contrattuale, con conseguente obbligo di risarcimento dei danni, ove tali violazioni avvengano nella fase precedente o coincidente con la stipulazione del contratto d'intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti; può invece dar luogo a responsabilità contrattuale, ed eventualmente condurre alla risoluzione del predetto contratto, ove si tratti di violazioni riguardanti le operazioni d'investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del contratto d'intermediazione finanziaria in questione. In nessun caso, in difetto di previsione normativa in tal senso, la violazione dei suaccennati doveri di comportamento può però determinare la nullità del contratto d'intermediazione, o dei singoli atti negoziali conseguenti, a norma dell'art.1418 comma 1 c.c.²⁸».

²⁷ Per un commento ai provvedimenti della Cassazione, si vedano *ex pluris*: G. COTTINO, *La responsabilità degli intermediari finanziari e il verdetto delle Sezioni Unite: chiose, considerazioni, e un elogio dei giudici*, in *Giur. it.*, 2008, 2 ss.; Cass. civ., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724 e n. 26725 con nota di V. MARICONDA, *L'insegnamento delle Sezioni Unite sulla rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e norme di validità*, in *Corriere Giur.*, 2008, 2, 223 ss.; F. PROSPERI, *Violazione degli obblighi di informazione nei servizi di investimento e rimedi contrattuali (A proposito di Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 2675)*, in *Contratto e Impr.*, 2008, 4-5, 936 ss.; V. SANGIOVANNI, *Inosservanza delle norme di comportamento: la Cassazione esclude la nullità*, in *Cont.*, 2008, 221 ss.; V. SCOGNAMIGLIO, *Regole di comportamento nell'intermediazione finanziaria: l'intervento delle S.U.*, in *Soc.*, 2008, 4, 449 ss.; G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obblig. e contr.*, 2008, 104 ss.

²⁸ Così la massima di Cass. civ., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26725, in *Contr.*, 2008, 3, 221.



Tale distinzione, ad opinione della giurisprudenza di legittimità, risulterebbe fortemente radicata nei principi del codice civile e difficilmente contestabile²⁹.

È sufficiente osservare come tutte le prescrizioni normative in tema di comportamento stabilite nei confronti delle parti di un rapporto negoziale, generino, in caso di trasgressione, conseguenze che comportano, di consueto, responsabilità risarcitorie (di natura precontrattuale o contrattuale) e possano, a determinate condizioni, anche riflettersi sulla sopravvivenza dell'atto (annullamento per dolo o violenza, rescissione per lesione, risoluzione per inadempimento). Mai, però, la loro violazione è considerata sufficiente a determinare la nullità radicale del contratto, anche laddove trattasi del disprezzo di doveri di carattere imperativo.

Ai fini dell'applicazione dell'art. 1418 c.c., comma 1°, risulta per previsione codicistica, che vi sia la violazione di una norma imperativa.

Ora, la materia dell'intermediazione finanziaria, campo d'elezione delle attività a rischio riciclaggio, si compone di una serie di norme che mirano alla salvaguardia di interessi privati e pubblici. Accanto alla tutela degli investitori in ordine alla consapevolezza del proprio operato, filtrata e guidata dall'attività degli

²⁹ Un importante precedente in tal senso è Cass. civ., sez. I, 29 settembre 2005, n. 19024 in *Danno e Resp.*, 2006, 1, 27 con nota di G. ROPPO e G. AFFERNI, laddove è chiarito che «L'assunto su cui si fonda la sentenza impugnata è che le regole di comportamento attengono alla fase delle trattative precontrattuali e che, pertanto, la loro inosservanza non può determinare la nullità del contratto, pur non essendo revocabile in dubbio che esse abbiano carattere imperativo. L'affermazione è corretta. La "contrarietà" a norme imperative, considerata dall'art. 1418 c.c. primo comma, quale causa di nullità del contratto, postula, infatti, che essa attenga ad elementi "intrinseci" della fattispecie negoziale, che riguardino, cioè, la struttura o il contenuto del contratto (art. 1418 secondo comma, c.c.). I comportamenti tenuti dalle parti nel corso delle trattative o durante l'esecuzione del contratto rimangono estranei alla fattispecie negoziale e s'intende, allora, che la loro eventuale illegittimità, quale che sia la natura delle norme violate, non può dar luogo alla nullità del contratto (Cass. 9 gennaio 2004, n. 111; 25 settembre 2003, n. 14234) a meno che tale incidenza non sia espressamente prevista dal legislatore».



intermediari, affiora chiara la necessità di aspirare al generale buon andamento del sistema finanziario.

La duplicità degli interessi protetti è d'altronde conclamata nell'art. 21, comma 1, lett. a), del dec. lgs. n. 58 del 1998, per il quale «nella prestazione dei servizi e delle attività d'investimento i soggetti abilitati devono comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, per servire al meglio l'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati».

Tale circostanza sgombra il campo dalle perplessità in ordine alla natura degli interessi sottesi alla disciplina e, conseguenzialmente, delle norme dettate a loro protezione.

È cioè la stessa previsione normativa a stabilire che il comportamento degli intermediari finanziari mira anche al soddisfacimento di un interesse pubblico, come l'integrità del mercato.

Se così è, non può certo negarsi la qualificazione di norma imperativa nel contesto eletto, confermata esplicitamente dal Supremo Consesso, il quale ha chiarito che «le norme dettate dalla legge che detta la disciplina dell'attività di intermediazione mobiliare (art. 6 L. n. 1 del 1991 e successive modificazioni) hanno carattere imperativo: esse sono, cioè, dettate non solo nell'interesse del singolo contraente di volta in volta implicato ma anche nell'interesse generale all'integrità dei mercati finanziari e si impongono inderogabilmente alla volontà delle parti contraenti³⁰».

Ne deriva, con palmare evidenza, l'utilizzazione – per il caso in esame – della categoria rappresentata dalla nullità “virtuale”, siccome regolata dall'art. 1418 c.c., comma 1.

³⁰ Cass. civ., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26725, in *Contr.*, cit., 224.



Nell'ipotesi di norme comportamentali, continua ad essere respinta la soluzione invalidante, per il formante giurisprudenziale richiamato; laddove è riconosciuta la necessità di tener fermo il *discrimen* tra norme sull'atto e norme sul comportamento, per evitare surrettizie sovrapposizioni tra regole di validità e di responsabilità, sul postulato che «il fenomeno di trascinamento del principio di buona fede sul terreno del giudizio di validità dell'atto non è sufficiente a dimostrare il già avvenuto sradicamento dell'anzidetto principio nel sistema del codice civile³¹».

Anzi, il carattere quanto mai frammentario della legislazione dell'attuale momento storico obbligherebbe ad una particolare attenzione nel non cedere alla tentazione di proclamare il superamento dei principi generali e mutuare da un'ipotesi particolare una regola che possa essere estesa alla generalità dei casi.

La violazione di una o più norme nello specifico settore dell'intermediazione finanziaria non comporterebbe, pertanto, la nullità dei contratti stipulati dall'intermediario col cliente, vigendo la tradizionale distinzione tra norme di comportamento dei contraenti e norme di validità del contratto.

Va osservato, che il predetto principio è stato ribadito in ordine alle conseguenze relative alla condotta non conforme ai doveri comportamentali di correttezza e di informazione della clientela da parte degli intermediari finanziari. E, tuttavia, nel corpo dell'articolata motivazione, le Sezioni Unite hanno affermato che il generale interesse alla correttezza e al comportamento degli intermediari finanziari per i riflessi che possono derivare sul buon funzionamento del mercato resta affidato alla tutela dei controlli facenti capo all'autorità pubblica e di vigilanza ed il regime delle sanzioni che ad esso accede, dimostrando, evidentemente, di non tenere debitamente in considerazione anche l'efficacia

³¹ Cass. civ., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26725, in *Contr.*, cit., 225.



sanzionatoria della disciplina civilistica e, sostanzialmente, di non voler abdicare, in ordine ai rimedi praticabili, alla distinzione atto-comportamento³².

Non può più negarsi, invece, soprattutto alla luce dei recenti avvenimenti di cronaca in tema di trasparenza e assenza di certezza sugli investimenti, l'intima connessione esistente tra integrità del mercato e rimedi contrattuali a tutela dei traffici che nello stesso avvengono³³. Se cioè quest'ultimo è da considerarsi quale sede naturale della reiterazione degli scambi e la qualità di questi dipende dalle regole che li governano, è alla portata delle regole che occorre guardare perché possa parlarsi di mercato "integro".

In altri termini, appare chiaro che le norme di diritto civile applicate dalle Corti in un determinato mercato, condizionano il grado di correttezza di coloro che vi operano: più è alto il tasso di diligenza richiesto nel rispetto delle regole e determinata la risposta sanzionatoria dell'ordinamento in caso di comportamenti che quelle regole violano, più elevata è la possibilità di trovarsi ad agire in un

³² In senso fortemente critico è il contributo di A. GENTILI, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *Contr.*, 2008, 4, 393 ss., per il quale nel settore dell'intermediazione finanziaria, in cui è stata elevata a dogma la regola sanzionatoria relativa al binomio atto-comportamento, occorre operare un distinguo in relazione ai doveri comportamentali degli intermediari, la cui violazione, può, in determinati casi, condurre alla declaratoria di nullità relativa dei contratti. L'A. sottolinea poi come tutta la materia dell'intermediazione finanziaria sia orientata all'efficienza dei mercati, non occupandosi sufficientemente della fonte del rapporto tra intermediario e cliente che è e resta un contratto «... ma non è nell'ottica del contratto che il fenomeno è pensato dal legislatore. A fronte di una disciplina dettagliata dell'attività, dell'atto manca lo schema, il tipo, gli effetti. L'interprete può ricostruirli, non leggerli nel testo delle leggi». Non deve sorprendere, dunque, che i rimedi risarcitori appaiano più praticabili nel caso di "disfunzioni giuridiche" rispetto ai rimedi contrattuali invalidanti, sicuramente di più difficile estensione.

³³ Interrelazione riconosciuta dalla stessa giurisprudenza di legittimità nelle sentenze gemelle nelle quali viene espressamente riconosciuto che le norme dettate in materia di intermediazione immobiliare sono previste non solo nell'interesse del singolo contraente di volta in volta implicato ma anche nell'interesse generale all'integrità dei mercati finanziari.



luogo di scambio governato da principi di buon funzionamento ed ispirato al canone dell'integrità³⁴.

La connessione tra l'apporto delle norme di diritto civile di carattere invalidante e la qualità del mercato non sembra poter più essere ignorata, tanto che anche il legislatore comunitario si muove in tal senso quando richiede agli Stati membri, nell'art. 11 della Direttiva 2002/65/CE del 23 settembre 2002, sulla commercializzazione a distanza dei servizi finanziari, l'applicazione di «sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive» nei confronti di contratti conclusi dagli intermediari e dai fornitori dei servizi senza il rispetto degli obblighi informativi previsti dalla direttiva *de qua*.

Non possono neanche trascurarsi le ipotesi di nullità speciale introdotte dalle norme del testo bancario e del testo unico finanziario per l'inosservanza di obblighi di forma e contenuto³⁵.

È vero, siamo nel campo delle così dette “nullità di protezione”, nate in ambito consumeristico, con la finalità di protezione del contraente debole³⁶, le quali,

³⁴ Sulla connessione esistente tra integrità del mercato e le regole che presiedono alla validità e all'efficacia dei contratti che nello stesso vengono stipulati si veda G. LA ROCCA, *Il contratto di intermediazione mobiliare tra teoria economica e categorie civilistiche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, 107 ss.

³⁵ Si allude agli artt. 117 del T.U.B. e 23 del T.U.F. Il primo, prevede la forma scritta per la redazione del contratto bancario (comma 1) e l'obbligo del contenuto minimo del contratto (commi 4-8), al fine di permettere al contraente debole di avere consapevolezza in relazione ai diritti e doveri nascenti dal contratto. Il secondo, dopo aver richiesto, a pena di nullità, la forma scritta per il contratto d'investimento, stabilisce, al comma 2, che è nulla ogni pattuizione di rinvio agli usi per la determinazione del corrispettivo dovuto dal cliente e di ogni altro onere a suo carico e che, in tali ipotesi, nulla è dovuto dal cliente.

³⁶ L'art. 36 del dec. lgs. 6 settembre 2005, n. 2006, (*ex art. 1469 quinquies c.c.*), prevede espressamente la nullità (in luogo della generica inefficacia) delle clausole in contrasto con gli artt. 34 e 35 del medesimo decreto. La nullità di tali clausole è da intendersi quale nullità parziale, in quanto il contratto “rimane valido per il resto”. Tra i molteplici contributi sul tema G. D'AMICO, *Nullità virtuale-nullità di protezione, variazioni sulla nullità*, in *Contr.*, 2008, 732 ss.; A. GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de geometrie*, in *Contr.*, 2006, 170 ss.; ID, *La nullità di protezione* in *Eur. dir. priv.*, 2011, 4, 79 ss.; A. NATUCCI, *Invalidità di protezione e nullità delle clausole vessatorie alla luce dei principi costituzionali (italiani ed europei)*, in *Costituzione europea e interpretazione della*



diversamente dalla categoria della nullità “classica”, sono sempre “relative” cioè possono essere fatte valere solo dal soggetto nel cui interesse sono disposte. Eppure, la loro presenza comprova la tutela, seppur mediata, di interessi analoghi a quelli sottesi alla normativa antiriciclaggio.

In questa ottica, evidentemente andrebbe ripensato al contributo che le norme del sistema civilistico in tema di invalidità sono in grado di fornire e all’efficacia del suo apparato sanzionatorio.

3.2. *Contratto – mezzo, nullità virtuale e funzione determinante della meritevolezza di tutela.*

La clausola di salvaguardia di cui all’art. 58 del decreto nel prevedere l’efficacia degli atti compiuti in violazione delle regole elaborate a fini antiriciclaggio, mostra scarsa considerazione per le ipotesi in cui la condotta trasgressiva integri gli estremi di una fattispecie penalmente rilevante.

Non può trascurarsi, infatti, che nel caso di condotte sanzionate penalmente, il comportamento del soggetto agente assume una valenza particolare, incrementandosi della prerogativa dell’antigiuridicità, intesa quale contrasto tra il fatto compiuto e l’ordinamento giuridico nel suo complesso.

Ora, le norme penali, nell’approntare divieti, dalla cui violazione nascono illeciti di tipo commissivo o nel pretendere certe condotte, foriere in caso

Costituzione italiana, a cura di G. Iudica e G. Alpa in *Collana per i cinquant’anni della Corte Costituzionale*, Napoli, 2006, 227 ss.; S. POLIDORI, *Nullità di protezione e interesse pubblico*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, 1029 ss.; V. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d’azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 459 ss.



d'infrazione di reati omissivi, sono tutte norme imperative³⁷, per cui è lecito rappresentarsi il ricorrere di una nullità virtuale, di cui al primo comma dell'art. 1418 c.c., nei confronti del contratto posto in essere in dispregio di una norma penale, valorizzando il nesso tra la inosservanza della norma imperativa penale e gli effetti dell'operazione perseguita in concreto³⁸.

In verità, il tema del rapporto tra contratto e reato, lungi dal tradursi nell'automatismo secondo cui ogni fattispecie penalmente rilevante risulta necessariamente anche invalida, è stato, da sempre, caratterizzato dall'alternanza di due diversi orientamenti³⁹: il primo, pan-penalistico, che assegna un ruolo primario al precetto penale, determinando l'illiceità penale inevitabili conseguenze sul piano civile, tali da condurre, comunque, all'invalidità del contratto; il secondo, sostenuto prevalentemente dalla giurisprudenza di legittimità, che nega siffatto automatismo, in luogo di una verifica dell'interesse sotteso alle previsioni

³⁷ La giurisprudenza di legittimità ha chiarito, ai fini della individuazione delle norme imperative la cui violazione determina una nullità virtuale *ex art. 1418, comma 1, c.c.*, che le norme in questione sono quelle che attengono agli elementi c.d. "intrinseci" alla fattispecie negoziale, i quali, tuttavia, non necessariamente coincidono con gli elementi strutturali del contratto quali la causa o l'oggetto. Se così fosse, la nullità richiamabile sarebbe quella di cui al secondo comma del 1418 c.c., ovvero quella strutturale. È evidente che l'ambito di applicazione delle nullità virtuali si presenta diverso e indubbiamente più esteso rispetto a quello delle nullità strutturali come sostenuto dalla Cassazione, a Sezioni Unite, nella decisione n. 26724/2007, su www.italgiure.giustizia.it: « ... l'area delle norme inderogabili la cui violazione può determinare la nullità del contratto *ex art. 1418 co. 1, c.c.* è più ampia di quanto parrebbe a prima vista suggerire il riferimento al solo contenuto del contratto medesimo. Vi sono ricomprese sicuramente anche le norme che in assoluto oppure in presenza o in difetto di determinate condizioni oggettive o soggettive, direttamente vietano la stipulazione stessa del contratto».

³⁸ Sul tema: F. D'ARCANGELO, *Il contratto concluso in violazione di una norma penale*, in *Obbl. e Contr.*, 2007, 6 ss.; G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, 447 ss.; A. DI AMATO, *op. cit.*, 91 ss.; F. DI MARZIO, *Illiceità penale della condotta e invalidità del contratto*, in *Contr.*, 2013, 3, 307 ss.; F. VASSALLI, *In tema di norme penali e nullità del negozio giuridico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, 467 ss.; G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993; P. ZANELLI, *La nullità inequivoca*, in *Contr. e impr.*, 1998, 3, 1253 ss.

³⁹ Cfr. E. PEDICINI, voce «*Contratto e Reato*», in *Dig. Disc. Priv. - sez. civ. -*, 2007, 374.



normative, la cui violazione *può e non deve* determinare l'obliterazione degli effetti contrattuali⁴⁰.

Secondo quest'ultimo pare che «l'interpretazione rigorosamente letterale di tale disposizione possa indurre a ritenere che dalla violazione di una norma imperativa consegua sempre la nullità del contratto, se questa non sia esclusa espressamente dalla legge, tuttavia dottrina e giurisprudenza hanno accolto soluzioni meno rigide e più liberali, escludendo, a volta, la nullità, in caso di espressa previsione di sanzioni diverse dall'invalidità negoziale (sanzioni amministrative, pecuniarie ecc.), e, in altri casi, per le ragioni stesse poste a base del divieto. In mancanza di una norma che commini la nullità, è, perciò, sempre compito dell'interprete stabilire se il legislatore abbia voluto tale misura giuridica, ovvero abbia previsto la validità del contratto e predisposto un diverso rimedio per il perseguimento dei suoi scopi⁴¹ ».

Illiceità penale e invalidità civile non operano, infatti, sul medesimo piano in quanto l'atto penalmente rilevante è frutto di una condotta vietata e provoca un intervento di tipo repressivo-sanzionatorio; l'atto invalido, da par suo, veicola un disvalore rilevante, individuato ed apprezzato in ragione di una visione sistematica e, nella specie, della ponderazione degli interessi concretamente realizzati.

Simmetricamente, occorre considerare l'interesse che la norma penale intende tutelare: se il negozio viola norme penali poste a tutela di interessi privati, la comminatoria della invalidità, non necessariamente è ritenuta indispensabile ad integrare l'ordine giuridico violato, non così, quando siano coinvolti interessi

⁴⁰ Cass. civ., 15.ottobre1955, n. 3175, in *Giust. civ.*, 1956, I, 19. Si veda altresì A. BALZANO, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, in *Giur. It.*, 1991, 11, nota a Cass. civ., sez I, 8 marzo 1991, n. 2481. La Cassazione argomenta che, quando è concluso un contratto proibito dalla legge prevedendo una sanzione penale o amministrativa ma senza nulla dire sulla sorte civilistica del medesimo, la nullità andrà accertata in concreto, cercando di valutare se il divieto intendesse colpire proprio la stipula di quel patto.

⁴¹ Cass. civ., 11 dicembre 1991, n. 13393, in *Giust. civ.*, 1992, I, 1503 ss.



generali, magari di rango costituzionale. In altri termini, «se una norma imperativa prevede, per la sua violazione, una sanzione penale, e non espressamente la nullità del contratto, la medesima, non può ritenersi esclusa, perché bisogna distinguere il caso in cui la legge considera valido il negozio, pur prevedendolo come reato, da quello in cui la nullità stessa si aggiunge all'incriminazione penale⁴²».

Sul punto specifico, l'indagine del civilista deve risolutivamente prendere le mosse dall'art. 1322 c.c., teso alla valutazione dell'atto d'iniziativa in sé, oltre ogni riflessione consumata nella contaminazione tra causa e tipo⁴³. In tal senso, in chiave strettamente funzionale, l'attenzione va rivolta alla concreta operazione posta in essere, affinché possa verificarsi l'effettiva meritevolezza degli interessi – siccome composti e realizzati nel contesto peculiare del tipo utilizzato. In concreto, già in senso strettamente metodologico, va decisamente avvertita l'insidia consistente nel sottrarre al giudizio di cui all'art. 1322 c.c. l'atto d'iniziativa condotto per tramite del tipo legale, quasi come se questo – *ex se* – fosse naturalmente meritevole di tutela⁴⁴. Così, avverte raffinata dottrina, “E' necessario, cioè, valutare se l'interesse *concretamente* perseguito sia effettivamente corrispondente all'interesse tipizzato nello schema astratto”⁴⁵.

Da tanto consegue, *in subjecta materia*, la necessità di ponderare se la specifica organizzazione negoziale, utilizzata nel contesto generale di un'operazione

⁴² Cass. civ., 15 ottobre 1955, n. 3175, in *Giust. civ.*, 1956, I, 19 ss.

⁴³ Si segua l'illuminante riflessione di G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1968, pp. 356-357.

⁴⁴ Lo sottolinea autorevole dottrina secondo cui «la tesi che nega rilevanza al requisito della meritevolezza degli interessi contrattuali, ammettendo il solo limite della illiceità del contratto, è difficilmente condivisibile. Essa infatti non trova riscontro nella nostra disciplina codicistica, che distingue nettamente i due momenti della liceità della causa e della meritevolezza degli interessi contrattuali». In tal senso, C.M. BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2014, 2, 10251.

⁴⁵ G.B. FERRI, *Causa e tipo cit.*, 358.



economico-finanziaria - ascrivibile tra le ipotesi di riciclaggio – possa ritenersi attuativa dei “... principi dell’ordinamento giuridico”⁴⁶.

Verosimilmente, in una visione sistematica dell’atto d’iniziativa posto in essere⁴⁷, va colta la forza dirimente della distinzione – ontologica e dinamica – tra giudizio di meritevolezza e vaglio di liceità; né la pertinente contiguità può spingersi a sfumare l’incisività di quello a favore di questo.

Si aggiunga a questo che il nesso esistente tra contratto e illecito penale non si esaurisce in un unico e reiterato schema per il quale lo scambio del consenso integra *tout court* gli estremi della condotta penalmente rilevante, ma può manifestarsi mediante distinte modalità.

Si richiama a tal proposito la distinzione di matrice dottrinale tra *reati in contratto*, nei quali l’operazione negoziale non presenta un disvalore tipico della natura o delle finalità del rapporto e, pertanto, è suscettibile di sanzione solo la condotta di una delle parti per la modalità attraverso la quale il contratto viene concluso (paradigmatico è il caso della truffa) e *reati - contratto*, nei quali si vieta proprio la conclusione del contratto, relativamente alla finalità pratica perseguita (commercio di sostanze stupefacenti).

Nel dettaglio, mentre nel primo caso (in cui il contratto rimane valido) il reato si pone solo come premessa del patto e interviene prima o dopo di esso (ad es. il

⁴⁶ G.B. FERRI, *Causa e tipo* cit., 359.

⁴⁷ Su tale necessità P. PERLINGIERI, *Applicazione e controllo nell’interpretazione giuridica*, in *Riv. Dir. Cim.*, 2010, 3, 10317, per il quale «La rivalutazione della fattispecie concreta rende improponibile la netta separazione - o addirittura la cesura - tra norme interpretative del fatto, dell’atto, del negozio, del contratto e quelle interpretative delle regole a specifica rilevanza normativa ... La soluzione del conflitto tra interessi e valori giuridicamente rilevanti è realmente possibile se prospettata in sede applicativa. Ciò configura la valenza ermeneutica non tanto delle regole indicate esplicitamente a tal fine - che considerate isolatamente sono del tutto inidonee - quanto dell’intero sistema normativo, là dove i principi soprattutto - ma unitamente alle singole disposizioni - assumono valenza ermeneutica destinati, come sono, a dare contenuti alle generiche astratte - e a volte neutre - regole cc.dd. ermeneutiche».



contratto stipulato a seguito di minacce o in caso di truffa), nel secondo (che determina la nullità), il fatto *contra ius* penetra nella struttura del contratto, cosicché esso stesso è *il reato*.

A questa *summa divisio*, si aggiunge la possibilità di un negozio stipulato quale mezzo per compiere un reato o per conseguirne il profitto⁴⁸. Trattasi di casi nei quali la struttura, in uno con il contenuto contrattuale, non sono, in sé stessi, in contrasto con la norma penale. Lo è, invece, l'intera operazione economica, considerata nel suo complesso, per le finalità pratiche perseguite.

In tali circostanze, il contratto-mezzo, strumentale alla commissione di un fatto reato, è nullo in quanto lo scopo che ne è sotteso risulta in contrasto con la norma penale ex art. 1418, 1° comma, c.c.

In un'ottica funzionale, la nullità viene in causa in quanto gli effetti del contratto concluso ledono direttamente gli interessi tutelati dalla norma e, quindi, risulta indispensabile, ai fini della sua attuazione, la cancellazione dei medesimi.

Nel caso del riciclaggio, se il trasferimento del denaro, operato in dispregio dei precetti dettati dalla normativa in materia, costituisce il mezzo per commettere il reato, allora andrebbe senza dubbio ripensata l'idea di assicurare la piena vigenza della pattuizione contrattuale.

Nella prassi commerciale infatti l'investimento nell'acquisto di beni, specie di immobili, potrebbe rappresentare un'importante modalità per riciclare quantitativi di capitali di provenienza illecita.

Quindi, accanto alle sanzioni di carattere amministrativo previste dal dec. lgs. del 2007 n. 231, è opportuno rappresentarsi la conseguenza della nullità del

⁴⁸ Per le catalogazioni previste dalla dottrina in ordine alle varie ipotesi di rapporto tra reato e contratto cfr. A. DI AMATO, *Contratto e reato* cit., 33 ss.



contratto, analizzando lo scopo ultimo che lo scambio contrattuale ha avuto di mira.

La soluzione, a questo punto, non dipende da aprioristiche valutazioni, bensì da un'indagine di tipo casistico che miri, cioè, alla comprensione dei fini perseguiti dalle parti e dal risultato ultimo cui tende l'accordo negoziale.

Per una corretta indagine sugli interessi sottesi all'operazione negoziale, occorre affidarsi ad indici sussidiari come la qualità delle parti, la natura dei beni e dei servizi oggetto del contratto, le condizioni del mercato in cui si è concluso lo scambio, gli interessi eventualmente collegati, indicatori, peraltro, richiamati dal d.lgs. in commento, quali fondamento del *based risk approach* in tema di *customer due diligence*.

La valutazione finalistica del regolamento di interessi oggetto dello scambio, condotta alla luce dei predetti parametri⁴⁹, può condurre, allora, legittimamente alla dichiarazione di nullità del contratto.

In questa ultima ipotesi, la stipulazione in sé considerata configura la fattispecie tipica conforme al modello legale astratto, l'attività penalmente rilevante si identifica con l'operazione contrattuale e, da tanto, deriva la nullità del patto negoziale⁵⁰.

⁴⁹ È la visione della causa quale ragione pratica del contratto. In particolare, «...essa stessa si pone quale criterio ermeneutico. L'interprete deve indagare la comune intenzione delle parti, ma per accertare che cosa realmente le parti hanno voluto occorre accertare qual è lo scopo perseguito, qual è l'interesse che il contratto è diretto a realizzare». Così C.M. BIANCA, *op. ult. cit.*, 10251.

⁵⁰ Sulla distinzione A. LIBERATI, *Contratto e interferenze tra disciplina civile e disciplina penale*, Milano, 2004; I. LEONCINI, *I rapporti tra contratti: reati-contratto e reati in contratto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 997 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, Padova, 2001, 575 ss.; E. RINGHINI, *Recenti sviluppi della giurisprudenza di merito sulla tutela dell'investitore*, in *Giur. Comm.*, 2009, 1, 150 ss.



Ed infatti l'adesione, ormai pressoché unanime, alla nozione della funzione economico – individuale della causa, sposta l'attenzione dallo schema contrattuale astratto, al concreto e dinamico assetto di interessi programmato dalle parti attraverso il contratto.

Pertanto, qualora gli interessi delle stesse, oggettivizzati nel contenuto negoziale, siano volti al riciclaggio del denaro, e non al conseguimento del tipo contrattuale prescelto, è concesso rappresentarsi, anche sul piano civilistico, l'applicabilità di una sanzione radicale in merito alla validità del patto, qual è la nullità.

Tale approccio muove dalla valorizzazione del legame esistente tra la norma imperativa penale, gli effetti della singola operazione, di volta in volta, perseguita e le conseguenze della sua violazione.

D'altronde, un'ipotesi di invalidità del contratto per violazione di norme antiriciclaggio è già stata prevista dalla legislazione speciale, per colpire le infiltrazioni criminali nelle procedure dei contratti pubblici di lavori, servizi o forniture. Si allude alla legge 13 agosto 2010 n.136, rivisitata poi ad opera del d.l. 12 novembre 2010 n. 187, che onera la pubblica amministrazione dell'obbligo della tracciabilità dei pagamenti nel caso di appalti di lavori, servizi o forniture, pena la nullità dell'intera fattispecie contrattuale.

Il comma 1 dell'art. 3 prevede che gli appaltatori, i subappaltatori e i subcontraenti della filiera delle imprese, e i concessionari di finanziamenti pubblici, anche europei, a qualsiasi titolo interessati ai lavori, ai servizi e alle forniture pubbliche, debbano utilizzare conti correnti aperti presso le banche o presso Poste italiane S.p.a. e dedicati alle commesse pubbliche; è poi fatto obbligo di effettuare tutti i relativi movimenti finanziari tramite bonifico bancario o postale o altro strumento idoneo a garantirne la tracciabilità.



In base al disposto dell'art. 3, comma 8, della citata normativa, la stazione appaltante nei contratti conclusi con i relativi appaltatori deve inserire «a pena di nullità assoluta» una clausola con la quale assume «gli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari».

Dal dato testuale, emerge una nullità “di struttura”, a tutela delle istanze pubblicistiche di lotta alla criminalità organizzata, legata alla presenza di un difetto genetico del contratto e che trova la sua *ratio* nella natura cogente della disposizione.

L'invalidità radicale che colpisce il contratto mutua la specifica ragione dall'esigenza di esteriorizzare l'interesse pubblico cui l'attività è volta, mediante la pubblicità e la trasparenza delle operazioni in cui si articola. La materia è disciplinata dal codice dei contratti pubblici, la cui finalità primaria è quella di assicurare la corretta e attenta gestione delle risorse pubbliche mediante previsioni tese a conformare l'attività amministrativa al rispetto del principio cardine, di matrice comunitaria, di tutela della concorrenza.

A questa primaria finalità, la legge 13 agosto 2010 n.136, aggiunge la necessità di rendere tracciabile e documentabile il flusso di capitale relativo ai contratti pubblici per scongiurare possibili interferenze da parte di associazioni criminali.

Nel suddetto contesto, si comprende appieno la *ratio* sottesa ad una soluzione radicale, che lungi dal risolversi in una nullità parziale, investe l'intero contratto, perché è posta a tutela non di un interesse di parte ma di istanze pubblicistiche di contrasto alle attività criminali.

Trattasi, chiaramente, di un'ipotesi descrittivamente distinta da quella contemplata dal dec. lgs. n. 231 del 2007: siamo nel campo dei contratti ad evidenza pubblica di appalti di opere e servizi conclusi tra privati e pubblica



amministrazione, nei quali il rischio d'infiltrazione delle imprese criminali è senza dubbio elevatissimo.

L'accostamento delle due discipline, tuttavia, è significativo in quanto dimostra, in materia, l'inevitabile connessione delle norme privatistiche con quelle a carattere strettamente penale, e la necessità d'intervento delle prime allo scopo di neutralizzare gli effetti penalmente rilevanti delle seconde.

Nella pratica, quindi, non può escludersi che nei rapporti tra privati, l'investimento nell'acquisto di beni possa configurarsi come veicolo per riciclare quantitativi di danaro di provenienza illecita. Pertanto, stante la previsione di una sanzione di carattere esclusivamente amministrativa per l'inosservanza delle previsioni del dec. lgs. del 2007 n. 231, non può escludersi *tout court* un controllo sulla validità del contratto, dovendosi, viceversa, affidare ad un'indagine casistica che miri a verificare la ragione pratica dell'accordo negoziale concretamente adottato⁵¹.

⁵¹ Così A. VALONGO, *Trasparenza dei pagamenti e nullità del contratto nel nuovo regime antiriciclaggio*, in *www.rivistadirittoeprocesso.eu*, 314 ss.