



F. MOLITERNI, *Autonomia privata e sistema dei pagamenti (a proposito di un libro recente)*¹, Giuffrè, Milano, 2019

«Conoscere *hawala* serve. Serve a conoscere il suo modello antico di rete sociale personale, un sistema-rete di banchieri (piuttosto che un sistema di banche) trasversale e comune a molti secoli e a molte aree economiche: un cosmopolitismo con radici antiche, utile agli *affari* ed al loro mondo» (p. 4). *Hawala*, afferma lo statunitense Benjamin Geva, uno dei maggiori studiosi ed esperti mondiali (e i due termini non sono sinonimi) di sistemi di pagamento, «*literally means “removal” or “turn”*. *It denotes the transference of an obligation from one person to another*»; è un sistema fondato sulla reciprocità nel rispetto delle regole e sulla fiducia diffusa in tal senso, cioè sulla *reputazione* del banchiere-mercante (persona fisica), accreditata dalla sua condotta e dal suo patrimonio; e il patrimonio è quello personale del mercante, non quello, decurtato e “limitato”, delle società di capitali che al mercante stesso fanno capo; è un sistema diffuso, antichissimo, cosmopolita, se alle sue “(non) regole” fanno capo ancora oggi le esperienze indiana, cinese e soprattutto araba.

La frase di Moliterni sembra un’affermazione definitiva, ma in verità rappresenta il punto di partenza di una lunga indagine fatta di passi logici precisi, di argomenti storico-giuridici, di dimostrazioni ben coltivate. Infatti, tanto per cominciare, è tutt’altro che intuitivo il motivo per il quale l’Occidente, legato ad esperienze diverse, a impostazioni differenti, a regole analitiche e formali debba oggi interessarsi di un fenomeno tanto risalente nel tempo quanto poco indagato dalla cultura giuridica occidentale e da quella italiana in particolare. E interessarsene non per avventura intellettuale ma per necessità operativa. Ma su questo si dirà più avanti.

L’indagine è anzitutto articolata nell’ottica della storia del diritto, nell’ambito della quale, dalla contrapposizione fra ordine giuridico mercantile (aperto e inclusivo) e ordine feudale (territoriale ed esclusivo) – contrapposizione che anche nei paesi in cui regnava il sistema *hawala* si è registrato – emerge, a mo’ di sintesi, il diritto mercantile, le cui regole e consuetudini superano i confini del diritto settoriale e di classe per disegnare un diritto di generale applicazione. E in questa logica si attenuano le differenze fra sistemi di pagamento formali e informali ed emergono le somiglianze: così come i mercanti-banchieri occidentali offrivano il servizio internazionale di trasferimento di denaro attra-

¹ F. MOLITERNI, *I sistemi di pagamento informali*, Milano, 2019.



verso la lettera di cambio, analogo servizio veniva assicurato, nell'ambito del sistema *hawala*, con uno strumento analogo, emesso da mercanti-banchieri denominati *hawaldar*, partecipanti al sistema.

Ma se, come sovente accade, i percorsi storici pur diversi spesso presentano – specie nel diritto degli affari internazionali – interferenze e somiglianze inaspettate, rimane pur vero che la caratteristica fondante, minimale dell'informalità, rimasta invariata nel modificarsi dei modelli legali all'evoluzione degli eventi, permane e sarebbe un errore sottovalutare «la natura della struttura del sistema di pagamento informale e la sua “realità”, che da sempre è quella delle antiche “reti sociali” reali con il suo ruolo strategico nella promozione dell'efficienza di sistemi sociali complessi. (...) Reti di persone connesse fra di loro (...) da rapporti di tipo personale (...) e professionale; spesso tenute insieme da un soggetto autorevole e “aggregante” (...), che assume il ruolo di chiave di volta della rete» (pp. 71-72).

Si affaccia così la nozione della rete e dei nodi, fondamentale per ricostruire il sistema dei pagamenti: in quello informale, ciascun intermediario “aggregatore” è per definizione un centro (e, talora, un grande centro) di interscambio e ciascun componente della rete può svolgere questo ruolo. E questo elemento è fondamentale e costituisce un punto di forza dei sistemi informali che, come tutti i sistemi “emergenti dal basso”, ossia risultanti da un accordo fra prestatori di servizi di pagamento, riescono ad amplificare la loro efficienza attraverso “intermediari-*hub*”, che assumono posizione e funzioni, appunto, di intermediari fra altri prestatori di servizi di pagamento partecipanti al sistema, «con quanto ne consegue sotto il profilo della resilienza agli errori e alle situazioni estreme» (p. 78). Sono costoro che, nei sistemi formali, possono ricondursi a banche di regolamento, controparti centrali, stanze di compensazione e così via. In entrambe le tipologie di sistemi, quindi, nodi e reti ne misurano l'efficienza e la stabilità: «coniugare, da un canto, la prepotente realtà fattuale” della rete degli “intermediari” partecipanti al sistema di pagamento, d'altro canto, il relativo “accordo” che fissa fra loro regole e procedure comuni, al fine di trasferire istruzioni di pagamento (funzionali all'esecuzione di operazioni di pagamento e quindi all'esercizio di servizi di pagamento), evidenza come gli intermediari parte del sistema di pagamento perfezionano a tal fine uno speciale contratto di rete. Speciale contratto di rete che, a seconda dei casi, può essere formale (...) o informale, come è nel caso di *hawala*» (p. 79). Ogni partecipante può divenire un nodo, più o meno significativo, e accrescere spontaneamente la rete.

Ma se finalità è strumenti accomunano i due sistemi in confronto, in entrambi debbono riconoscersi delle regole: pensare che il sistema informale sia estraneo al territorio

JUS CIVILE



della giuridicità o privo di regole giuridiche, sarebbe sbagliato. La realtà è più sofisticata: le regole sono elemento costitutivo di qualsiasi sistema, ma qui esse sono comprese dai codici di comportamento che costituiscono le regole del sistema e che nascono spontaneamente dagli operatori aderenti. Nasce così il contratto (di rete), che è ripetuto nel tempo sempre uguale e quindi è destinato ad affinare e consolidare nella prassi le regole, «mutando la clausola contrattuale standard (come modello giuridico), circolante fra i mercanti e nei mercati internazionali, in consuetudine circolante “internazionalmente uniforme”» (p. 129). Quindi contratto che si fa consuetudine e consuetudine che si fa contratto, secondo meccanismi che ripetendosi si affermano e si strutturano reciprocamente.

Tutto ciò, avverte Moliterni, si inverte principalmente nel trasferimento reale di moneta, che rimane l'operazione principale e rimane di natura negoziale (contratto e non fatto), un contratto appunto di carattere reale «dove la consegna del denaro dal pagatore al suo intermediario-*hawaladar*, ossia la relazione di fatto fra il pagatore (che consegna il denaro) e il suo intermediario-*hawaladar* (che lo riceve), ineludibilmente perfeziona il contratto, ed insieme avvia la complessa operazione di pagamento, che termina ancora con la consegna del beneficiario». Ovviamente il sistema non si esaurisce in questa operazione, prevedendosene altre di maggiore complessità cui corrisponde una graduata complicazione delle regole, ma la questione importante non sta tanto nell'aver individuato la necessaria sussistenza delle regole (circostanza ineludibile) quanto nell'averne verificata la forma contrattuale con l'origine “consuetudinaria” (per utilizzare un termine caro alla nostra cultura giuridica) e, soprattutto nell'individuare le ragioni del successo di siffatta costruzione.

La interoperabilità delle singole reti e la funzione dei nodi (in grado di svilupparsi fino a divenire una (sotto)rete ovvero di rimanere tali) consente di parlare di una “rete di reti”; la natura personale dei soggetti coinvolti e delle interconnessioni; l'esistenza di regole antichissime e sempre uguali nel fondamento permettono in pieno alla “cultura della vergogna” di dispiegarsi, costituendo al tempo stesso deterrente e sanzione: si configura quindi un *enforcement* molto peculiare, che accompagna le *tacit rules* del sistema *hawala* (il c.d. “diritto muto”), dove l'osservanza della regola risponde a una sorta di vincolo identitario, costitutivo di una identità e di una coscienza, individuale e collettiva, regola «essenziale, rispettivamente, per la conservazione del legame di appartenenza alla propria comunità e per la stessa conservazione della comunità medesima, nella sua dimensione sia di “corporazione di cambiatori” sia di “comunità di vita”. Ecco perché il sistema etico, dove la promessa è sacra e non può essere richiamata indietro (a meno di

JUS CIVILE



un accordo in tal senso), tutelerà e garantirà l'effettività del patto o del contratto in modo ancor più efficiente di un ordinamento giuridico formale» (pp. 148-149). Il combinarsi di questi fattori sembra quindi spiegare, da un lato, l'assenza di un controllore esterno al sistema e, dall'altro, la sua efficienza secolare; del resto le reti sociali hanno avuto un ruolo determinante anche in momenti di crisi, finanziarie e non, dando prova di una compattezza e di una resilienza pari se non maggiori a quelle frutto di regole formali. Esperienza secolare che si rinnova e si conferma ai nostri giorni: «è difficile attendersi che gli *hawaladar* ed i loro utenti rinuncino ad un modello tradizionale di provata efficienza, con regole e procedure condivise a livello internazionale, dove uno scrutinio basato sul sistema reputazionale (*reputation system*) e sul trasferimento reputazionale proprio delle reti sociali personali consente altresì di effettuare la selezione dei nuovi *hawaladar* in ragione della loro personale affidabilità, oltre che della loro solvibilità. La conseguente riduzione dei relativi rischi (sia di controparte, sia legale, sia operativo) incide immediatamente e prima di tutto sulla conservazione della “fiducia fra i prestatori di servizi di pagamento” (considerando n. 46 della direttiva 2007/64/CE): condizione fondamentale per la continuità del sistema cui appartengono» (p. 151).

È evidente allora come rappresentino due mondi diversi quelli dei sistemi informali e dei sistemi formali, che possono collaborare, come avviene, ma non sovrapporsi: bisognerebbe superare l'antinomia di due mondi, di due culture, impostati su un modello di formazione delle regole differente: «il modello formale con una formazione delle regole dall'alto, con un diritto percepito come creazione del potere politico, ed il modello informale con una formazione delle regole dal basso, ossia come fenomeno collettivo» (p. 165). Né mi pare questa considerazione “separatista” possa essere incisa dal tentativo posto in essere dagli Emirati Arabi Uniti che – avendo interesse a far emergere dall'anonimato gli *hawaladar* che operano senza necessità di licenze e quindi sono suscettibili di finire nell'economia “sommersa”, diremmo noi, – li hanno invitati a iscriversi in un albo: strategia *soft*, certo lontana da ogni ipotesi di sorveglianza, neppur poco incisiva. Piuttosto, ogni sistema di pagamento complesso, qualunque sia la sua configurazione, corre un rischio sistemico inevitabile, in grado di ripercuotersi sul restante sistema finanziario; il rischio di cui è portatore il singolo operatore è parte di quello dell'intero sistema e suscettibile di estendersi con effetto domino; «ecco perché il modello del “reciproco rispetto delle regole” e la sua cultura, che si accompagna alla conseguente idea di contratto di fiducia con il relativo scrutinio reputazionale e/o “*intuitu personae*”, ha un ruolo strategico nella stabilità del sistema di pagamento informale» (p. 206). Ancora una volta, il sistema formale appare avere qualche profilo di sicurezza in più rispetto al tradizionale,



sicurezza intesa come capacità di prendere su di sé i rischi connessi all'operatività, qualunque ne sia l'origine.

Il percorso argomentativo fin qui rapidamente sintetizzato ha un andamento concenrico e affronta via via le questioni periferiche, per chiarire meglio quelle centrali e cioè: contratto di rete, fiducia, regole nate dal basso. Tre elementi che mutano, si trasformano, si nascondono elusivamente dietro tracce apparentemente più forti, ma poi si ripropongono, si affermano, si confermano come la trama dell'intero ordito. Da segnalare anche l'acribia con la quale Moliterni sottolinea e dimostra (con esaustività di citazioni) ogni passaggio storico di una vicenda plurisecolare: del resto, le radici storiche di *hawala* sono importanti e affondano nella cifra culturale dei paesi interessati, alla quale occorre far capo costantemente per comprendere il fenomeno studiato.

Chiarito cosa voglia dire sistema di pagamento informale, occorre tornare alla provocazione iniziale, vale a dire perché studiarlo. Certo, si potrebbe dire che in tal modo l'a. ha posto un ulteriore tassello a un tema già da lui approfondito con la monografia del 2001 *Autoregolamentazione e sorveglianza nei sistemi di pagamento*; si potrebbe dare spazio all'argomento che siffatto sistema è utilizzato in economie molto significative nel panorama mondiale, la cui importanza è destinata ad accrescersi, e che quindi merita di per sé l'impegno di una disamina approfondita; si potrebbe aggiungere che la conoscenza di siffatto sistema aiuta a capire quelli formali in cui l'economia occidentale si muove non sempre con particolare successo.

Ma la ragione dell'interesse dello studioso a occuparsi di *hawala* sta nell'attuale incrementarsi di fattispecie di circuiti di pagamento in criptovalute, fondate sui *block chain*, che presentano più di una somiglianza con il sistema informale dei pagamenti. E del resto, *en passant*, in uno dei tanti punti toccati dalla curiosità dell'a. e sottoposti a quella del lettore, si scrive che l'efficienza delle regole comuni proprio dei sistemi informali svolge e svolgerà un ruolo strategico: «una "opzione" importante può essere offerta dall'applicazione (o dalla combinazione) del modello e dal sistema *block chain* al (con il) modello ed al sistema *hawala*». (p. 158), modello e sistema di *block chain* che, a quanto costa, è già utilizzato nella circolazione dei titoli rappresentativi delle merci e in quello di titoli obbligazionari.

E l'attenzione non può non essere attirata dai sistemi *block chain* applicati ai servizi bancari che hanno stravolto intermediari e attività. Origine e "anzianità" sono ovviamente diversi, ma molte sono le analogie. Soprattutto, sia i sistemi informali sia quelli di *block chain* si caratterizzano per l'assenza di controlli che siano diversi da quelli propri del singolo sistema, nell'un caso i presidi di cooperazione e di fiducia, nel secondo i pre-



sidi propri della tecnologia. Ma questo rilievo contingente e le risultanze dell'indagine di Moliterni spingono a rilevare anzitutto il rischio immanente di disintermediazione non solo delle banche ma degli intermediari abilitati nello svolgimento dei servizi bancari/finanziari (di pagamento, di consulenza, di *crowdfunding* e così via); rischio che si collega alla difficoltà di contenerli, attesa la mancanza di una vigilanza. Del resto, la carenza di vigilanza è non agevolmente colmabile ove si rifletta, da un lato, sulla latitudine globale e sovranazionale del fenomeno e, dall'altro, sulla necessità in ogni caso di modificare l'approccio regolatorio, che deve adeguarsi a una realtà virtuale fatta di piattaforme informatiche e algoritmi. Occorrerebbe vigilare gli algoritmi a monte dei programmi informatici più che i soggetti.

Ma parlare di vigilanza si fa ancora più difficile laddove si abbia riguardo al mercato delle criptovalute, "entità" che per definizione sfuggono a formali sistemi di controllo. Si discute molto se siano o meno equiparabili a valute legali (alle valute estere l'ha equiparate l'amministrazione fiscale ai fini dell'applicazione dell'iva) ma in ogni caso pare consustanziale al loro utilizzo lo sfuggire a controlli, sicché proprio il sottrarsi alle maglie (e ai costi) della vigilanza dello Stato e delle autorità rappresenta una loro peculiarità. Quanto poi ciò induca un loro utilizzo fraudolento è altra questione.

Di fronte a queste criticità si hanno i sistemi informali di pagamento: possono essi e, se sì, in quale misura, offrire spunti utili per affrontare il problema dei mercati privi, per varie ragioni, di autorità formali di controllo? Ed allora a maggior ragione serve studiare *hawala*. L'assenza di controlli esterni non è di per sé sufficiente a stabilire, fra i due fenomeni in confronto, equivalenze o similitudini decisive. Basta la lunga storia (e la cultura) che è alle spalle di *hawala* a indurre a procedere con molta cautela in tal senso. E tuttavia le somiglianze sono intriganti. Una realtà, per così dire, autogestita, in grado di ottenere risultati efficaci, duraturi e confermati nel tempo può costituire, se non un modello, quanto meno l'oggetto di uno "studio" come Moliterni ha fatto con molta perizia. [FABRIZIO MAIMERI].