

Sospetto ed obbligo di comunicazione antiriciclaggio

Novità, conferme ed incertezze



Francesco Naef

lic. iur., avvocato e notaio, Partner di CSNLAW®
Studio legale e notarile, Lugano



Daniele Calvarese

lic. iur., avvocato, Partner di CSNLAW®
Studio legale e notarile, Lugano

La Legge federale sul riciclaggio di denaro entrata in vigore il 1° aprile 1998 non ha subito, per un lungo periodo, modifiche strutturali. Ciò ha permesso agli intermediari finanziari assoggettati alla legge di operare facendo affidamento su di una prassi che si è consolidata negli anni. Alcune novità impongono però loro di aggiornare il modo di agire. La giurisprudenza esige una sempre maggiore qualità dei chiarimenti complementari; sull'obbligo di comunicazione si è inoltre consolidata la regola che un sospetto è fondato quando, a seguito di chiarimenti complementari, non può esser escluso. D'altra parte, l'introduzione nel diritto svizzero del riciclaggio fiscale, cioè di uno strano reato che fa diventare criminali dei valori patrimoniali in origine leciti, comporta di effettuare i chiarimenti complementari con modalità adattate.

I. Il sistema della LRD	404
A. La relazione tra l'obbligo di comunicazione e l'obbligo di chiarimento	404
B. I soggetti degli obblighi.....	405
II. L'obbligo di chiarimento (art. 6 LRD)	405
A. I sospetti di riciclaggio	405
B. La relazione/transazione a rischio accresciuto.....	405
C. La relazione/transazione inusuale	406
D. Le modalità dei chiarimenti	406
III. L'obbligo di comunicazione (art. 9 LRD)	407
A. La nozione di sospetto fondato.....	407
B. Le modalità e le tempistiche.....	408
IV. Il diritto di comunicazione (art. 305^{ter} n. 2 CP)?	409
V. L'incidenza del riciclaggio fiscale	409
A. L'obbligo di procedere ad un chiarimento	410
B. Il contenuto e le modalità del chiarimento.....	411
C. L'obbligo di comunicazione	412
D. Il diritto di comunicazione?.....	413
VI. Le sanzioni	413
A. Le conseguenze penali	413
B. Le conseguenze amministrative	413

I. Il sistema della LRD

Il dispositivo antiriciclaggio svizzero della Legge federale sul riciclaggio di denaro (RS 955.0; LRD) impone tutta una serie di obblighi agli intermediari finanziari. Si tratta di obblighi di diligenza generale (di identificazione, di documentazione ed organizzativi), di obblighi di diligenza particolari (di accertamento dell'oggetto e scopo della relazione d'affari e di effettuare chiarimenti complementari) e di obblighi specifici in caso di sospetto di riciclaggio (comunicazione, blocco dei beni, divieto d'informazione).

A. La relazione tra l'obbligo di comunicazione e l'obbligo di chiarimento

Il fulcro degli obblighi antiriciclaggio spettanti agli intermediari finanziari è certamente l'obbligo di comunicazione all'Ufficio di comunicazione in materia di riciclaggio (*Money Laundering Reporting Office Switzerland*; MROS) ai sensi dell'art. 9 LRD. Non è però possibile comprenderlo senza riferirsi all'obbligo di chiarimenti complementari ai sensi dell'art. 6 LRD, al quale è strettamente collegato e che lo precede necessariamente.

Nel sistema svizzero della lotta al riciclaggio non esiste infatti un obbligo di comunicare giusta la LRD che sorga senza essere preceduto da un processo di riflessione e chiarimento^[1]: uno, due od anche tre indizi di riciclaggio, astratti o concreti, generici o specifici che siano, non comportano mai, da soli, l'obbligo di comunicare. In caso contrario il MROS sarebbe sommerso da comunicazioni infondate e quindi totalmente inefficiente^[2].

Ogni semplice sospetto di riciclaggio comporta, piuttosto, automaticamente l'obbligo per l'intermediario finanziario di procedere a chiarimenti complementari; gli elementi così raccolti gli permettono poi di valutare se sia tenuto o meno a comunicare.

[1] CARLO LOMBARDINI, *Banques et blanchiment d'argent*, Zurigo 2016, n. 590.

[2] UFFICIO FEDERALE DI POLIZIA, *Rapporto d'attività 2016 dell'ufficio di comunicazione in materia di riciclaggio di denaro*, p. 54.

Il sistema ha perciò una struttura analoga a quella di una procedura giudiziaria. Un indizio ne provoca l'apertura, alla quale segue un'istruttoria tesa ad accertare i fatti; al termine di questa, l'intermediario deve valutare se tali accertamenti sono sufficientemente provati, utilizzando il grado di prova della plausibilità. In seguito applica a tali fatti la conseguenza giuridica prevista dall'art. 9 LRD.

B. I soggetti degli obblighi

A tutti gli intermediari finanziari soggetti alla LRD spettano gli obblighi suddetti. Anche all'intermediario finanziario che non ha facoltà di procedere al blocco dei beni – ad esempio perché è un gestore patrimoniale che gestisce su procura valori patrimoniali custoditi da una banca terza – spettano perciò i medesimi obblighi di chiarimento e di comunicazione.

II. L'obbligo di chiarimento (art. 6 LRD)

Oltre all'obbligo di identificare l'oggetto e lo scopo della relazione d'affari, auspicata dalla sua controparte (art. 6 cpv. 1 LRD), l'intermediario finanziario deve chiarire le circostanze e lo scopo di una relazione d'affari oppure di una transazione, se esse appaiono inusuali (art. 6 cpv. 2 lett. a LRD); se vi sono sospetti che i valori patrimoniali provengano da un crimine o da un delitto fiscale qualificato ai sensi dell'art. 305^{bis} n. 1^{bis} del Codice penale (RS 311.0; CP), che sottostiano alla facoltà di disporre di un'organizzazione criminale o che servano al finanziamento del terrorismo (art. 6 cpv. 2 lett. b LRD).

Si dovrà inoltre procedere con dei chiarimenti complementari se la relazione o la transazione d'affari comporta un rischio elevato (art. 6 cpv. 2 lett. c LRD). Infine, l'intermediario finanziario deve effettuare chiarimenti se i dati di una controparte, di un avente economicamente diritto o di una persona autorizzata a firmare una relazione d'affari o una transazione, coincidono con i dati trasmessi all'intermediario finanziario conformemente all'art. 22a LRD[3].

A. I sospetti di riciclaggio

L'allegato all'Ordinanza FINMA sul riciclaggio di denaro (RS 955.033.0; ORD-FINMA) elenca una serie di indizi che devono indurre l'intermediario finanziario a coltivare sospetti sulla possibilità che sia confrontato con una relazione o una transazione utilizzate per compiere il reato di riciclaggio e che, quindi, lo obbligano a procedere con i chiarimenti complementari.

Vi si trovano indizi di carattere generale (indizi 2.1) come, ad esempio, il fatto che lo scopo economico di una transazione "non è riconoscibile" oppure che essa appare "economicamente assurda" (indizio 2.1.1) oppure quando non sono chiari i motivi per cui il cliente ha scelto un determinato intermediario finanziario o una determinata sede per i suoi affari (indizio 2.1.3). Vi sono poi indizi più specifici relativi alle operazioni di cassa

[3] Si tratta di dati comunicati e pubblicati da un altro Stato riguardanti persone o organizzazioni che nello Stato in questione, in virtù della Risoluzione 1373 (2001) del Consiglio di sicurezza dell'Organizzazione delle Nazioni Unite (ONU), sono state inserite in una lista dei soggetti dediti ad attività terroristiche o che sostengono tali attività.

(indizi 3.1), alle operazioni fiduciarie (indizi 3.2) e ad operazioni diverse (indizi 3.3). Infine, vi troviamo "indizi qualificati" di riciclaggio (indizi 4), come la richiesta del cliente di accettare o fare documentare garanzie di credito che non corrispondono alla realtà economica o di concedere crediti a titolo fiduciario in base a una copertura fittizia (indizio 4.5).

B. La relazione/transazione a rischio accresciuto

L'obbligo di chiarimenti scatta automaticamente anche in presenza di relazioni o transazioni d'affari che comportano un rischio elevato.

Giusta l'art. 6 cpv. 3 LRD, le relazioni d'affari con persone politicamente esposte (PEP) all'estero nonché con persone a esse legate, nel senso indicato all'art. 2a cpv. 2 LRD, sono considerate imperativamente relazioni d'affari comportanti un rischio elevato. Invece, le relazioni d'affari con PEP in Svizzera o PEP di organizzazioni internazionali, nonché con persone a esse legate, sono considerate relazioni d'affari comportanti un rischio elevato solo in presenza di uno o più altri criteri di rischio. Queste relazioni d'affari sono da considerare a rischio superiore indipendentemente dal fatto che le persone interessate intervengano come controparti, detentori di controllo, aventi economicamente diritto, o procuratori (art. 13 cpv. 5 LRD).

Oltre ciò l'intermediario finanziario deve stabilire i criteri per il riconoscimento di ulteriori relazioni, da classificare a rischio superiore. Tra i criteri che, a seconda della sua attività, entrano in considerazione vi sono la sede, il domicilio, la nazionalità e l'attività della controparte, del detentore del controllo o dell'avente economicamente diritto dei valori patrimoniali. Gli altri criteri sono l'assenza di un contatto personale con la controparte e con l'avente economicamente diritto, il tipo di prestazioni o di prodotti richiesti, l'ammontare dei valori patrimoniali depositati o di quelli in entrata ed uscita, il Paese di origine o di destinazione di pagamenti frequenti, la complessità delle strutture, che si manifesta in particolare attraverso l'utilizzo di società di sede (art. 13 cpv. 1 e 2 ORD-FINMA).

Sul fronte delle transazioni, sono imperativamente considerate a rischio superiore quelle mediante le quali all'inizio di una relazione d'affari vengono fisicamente apportati valori patrimoniali per un controvalore superiore a fr. 100'000 in una volta o in modo scaglionato (art. 14 cpv. 3 ORD-FINMA).

I criteri con i quali l'intermediario finanziario, a seconda della sua attività, può operare per intercettare ulteriori transazioni a rischio accresciuto sono, ancora una volta, l'ammontare dei valori patrimoniali in entrata e in uscita, le divergenze considerevoli quanto a tipo, volume e frequenza delle transazioni rispetto a quelle normalmente effettuate nell'ambito della stessa relazione d'affari e le divergenze considerevoli quanto a tipo, volume e frequenza delle transazioni rispetto a quelle normalmente effettuate nell'ambito di relazioni d'affari simili (art. 14 cpv. 1 ORD-FINMA).

Come si può notare, l'ORD-FINMA, a parte alcune norme imperative sulla classificazione del rischio, rinuncia a deter-

minare gli elementi (luoghi, settori di attività, modalità operative, soglie) di una relazione o di una transazione che ne impongano la classificazione a rischio superiore. Lascia quindi all'intermediario finanziario un "ampio potere di apprezzamento" nella scelta e concretizzazione dei criteri sopra indicati[4]. Egli può anche fare capo ad altri criteri[5], dovendo solo imperativamente utilizzare quelli dell'ammontare dei valori patrimoniali depositati (art. 13 cpv. 2 lett. e ORD-FINMA) e dell'ammontare dei valori patrimoniali in entrata e in uscita (artt. 13 cpv. 2 lett. e, 14 cpv. 2 lett. a ORD-FINMA), fissandone gli importi massimi (art. 26 cpv. 2 lett. i ORD-FINMA)[6].

Evidentemente, tale margine d'apprezzamento ha un limite nella misura in cui i criteri scelti e la loro concretizzazione non devono essere irragionevoli o insostenibili, altrimenti detto, non devono sconfinare nell'abuso. Ciò è il caso se le scelte si fondano su considerazioni prive di pertinenza ed estranee allo scopo delle norme legali applicabili, rispettivamente quando omettono di prendere in considerazione fattori manifestamente rilevanti[7].

C. La relazione/transazione inusuale

I chiarimenti sono pure necessari quando le circostanze e lo scopo di una relazione d'affari oppure di una transazione, appaiono inusuali a meno che loro legalità sia manifesta (art. 6 cpv. 2 lett. a LRD). "Inusuale" non è un concetto preciso e non è determinabile in termini generali. Per l'intermediario finanziario si tratta di individuare gli elementi che, soggettivamente, si distinguono dall'usuale andamento dei suoi affari con riferimento ad un cliente o una transazione[8] oppure con riferimento alle proprie conoscenze professionali oppure quelli che appaiono oggettivamente inusuali[9].

Alcuni indizi di riciclaggio di cui si è detto sopra al capitolo II.A possono costituire anche momenti di inusualità, quando non sono chiari i motivi per cui il cliente ha scelto proprio quell'intermediario finanziario (Allegato ORD-FINMA, indizio 2.1.3) per i suoi affari oppure quando le informazioni e le esperienze dell'intermediario finanziario concernenti il cliente o lo scopo della relazione d'affari sono incompatibili con la transazione in questione (Allegato ORD-FINMA, indizio 2.1.5).

Il carattere inusuale può manifestarsi però in diversi modi come, ad esempio, una significativa differenza degli apporti di valori sulla relazione rispetto a quanto preannunciato

dal cliente[10], una società di sede, ossia priva di uffici e di personale propri, che sulla base dei movimenti in conto e delle informazioni che fornisce all'intermediario finanziario sembra svolgere un'attività artigianale o industriale, un amministratore che riceve il pagamento del salario su di un conto intestato ad una società di sede aperto presso una banca di uno Stato diverso da quello ove svolge la sua attività, l'apertura di una rubrica con l'attribuzione di poteri di firma ad un terzo sulla stessa[11] o l'apertura di numerose rubriche nella stessa valuta[12], ma anche un immotivato ed incomprendibile cambio di avente diritto economico[13].

Inusuali possono essere anche elementi che suscitano nell'intermediario finanziario l'impressione di essere confrontato con una transazione "illecita o contraria ai buoni costumi"[14]. L'inusualità non è necessariamente legata a sospetti di riciclaggio. Può essere inusuale, ad esempio, che una società operativa svolga parte della sua attività per il tramite di un conto intestato al suo amministratore e che, di conseguenza i movimenti sul conto non siano compresi nel conto economico e nel bilancio societari, oppure che una società operativa paghi delle commissioni ad una società di sede invece che direttamente al suo agente o commissionario.

D. Le modalità dei chiarimenti

L'art. 15 ORD-FINMA indica che, a seconda delle circostanze, occorre chiarire se la controparte è l'avente economicamente diritto dei valori patrimoniali consegnati; qual è la loro origine, a quale scopo i valori patrimoniali prelevati vengono utilizzati, il retroscena economico e la plausibilità di versamenti in entrata importanti; qual è l'origine del patrimonio della controparte e dell'avente economicamente diritto dell'impresa o dei valori patrimoniali; qual è la loro attività professionale o commerciale e se la controparte, il detentore del controllo o l'avente economicamente diritto dei valori patrimoniali sono politicamente esposte.

L'intermediario finanziario procede senza indugio (art. 17 ORD-FINMA) ai chiarimenti complementari. Come meglio spiega la versione tedesca dell'ORD-FINMA, i chiarimenti devono essere avviati senza indugio e portati a termine il più presto possibile.

Inoltre essi devono essere proporzionati alle circostanze (art. 15 ORD-FINMA), l'intermediario finanziario non potendosi accontentare di verifiche "superficiali"[15].

Quali mezzi di chiarimento l'intermediario finanziario dovrà, secondo le circostanze, utilizzare le informazioni raccolte per

[4] LOMBARDINI (nota 1), p. 56; RALPH WYSS, in: Daniel Thelesklaf/ Ralph Wyss/ Dave Zollinger/Mark van Theil (ed.), GwG Kommentar, Zurigo 2009, N 2, 6 ad Art. 7 ORD-FINMA 1 e N 2 ad Art. 8 ORD-FINMA 1.

[5] WYSS (nota 4), N 15 ad Art. 7 ORD-FINMA 1.

[6] THOMAS JUTZI, in: Peter V. Kunz/Thomas Jutzi/Simon Schären (ed.), Geldwäschereigesetz, Berna 2017, N 21 ad Art. 8 LRD.

[7] Come ogni volta che la legge riconosce un margine d'apprezzamento, cfr. DTF 137 V 71 consid. 5.1, 136 III 278 consid. 2.2.1.

[8] DETLEV MICHAEL BASSE, in: Kunz/Jutzi/Schären (nota 6), N 11 ad Art. 6 LRD.

[9] WYSS (nota 4), N 6-8 ad Art. 6 LRD; WERNER DE CAPITANI, in: Niklaus Schmid/Paolo Bernasconi/Werner de Capitani (ed.), Kommentar Einziehung, Organisiertes Verbrechen, Geldwäscherei, Band II, Zurigo 2002, N 90 ad Art. 6 LRD.

[10] GEORG FRIEDLI/DOMINIK EICHENBERGER, Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken für die Jahre 2011 bis 2016, in: SZW 2017, p. 690, r30; TPF 2007 27 consid. 2.5.1.

[11] FRIEDLI/EICHENBERGER (nota 10), p. 690, r31.

[12] GEORG FRIEDLI, Übersicht über die Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 1998-2001, in: SZW 2002, C.2.1, p. 173.

[13] FRIEDLI/EICHENBERGER (nota 10), p. 694, r51.

[14] DE CAPITANI (nota 9), N 97 s. ad Art. 6 LRD.

[15] Sentenza TAF B-2318/2006 del 23 giugno 2008, consid.5.

scritto o oralmente presso la controparte, i detentori del controllo o gli aventi economicamente diritto dei valori patrimoniali; le visite nei luoghi in cui la controparte, i detentori del controllo o gli aventi economicamente diritto svolgono la loro attività; le fonti e banche dati pubblicamente accessibili e le informazioni presso persone degne di fiducia (art. 16 ORD-FINMA).

La giurisprudenza in proposito ha stabilito che il chiarimento può comportare anche la raccolta di documenti e giustificativi atti a sostenere le dichiarazioni di una controparte, come ad esempio "documenti contabili o fiscali"[\[16\]](#) o "bilanci societari"[\[17\]](#). Peraltro anche l'allegato all'ORD-FINMA lascia intendere all'indizio 2.2 che al cliente possono essere richiesti i documenti o le informazioni usuali e necessarie per la relazione d'affari e per l'attività indicata e che deve essere considerato sospetto ogni cliente che rifiuta di fornirli.

L'intermediario deve poi verificare se i risultati dei chiarimenti sono plausibili e li documenta (art. 16 cpv. 2 ORD-FINMA) conservando nel suo *dossier* una nota scritta su quanto intrapreso oltre che tutti i relativi documenti e i giustificativi[\[18\]](#).

Non tutte le dichiarazioni del cliente possono essere accettate senza essere esaminate (Allegato all'ORD-FINMA, indizio 1.2). Non si chiede all'intermediario finanziario di ottenere la prova piena delle fattispecie esaminate. Il risultato dei chiarimenti deve però essere, appunto, plausibile, ossia credibile e verosimile. L'intermediario finanziario deve convincersi, anche sulla base delle proprie competenze professionali, della propria esperienza del buon senso comune, della veridicità delle informazioni che gli vengono fornite[\[19\]](#). In questa fase dovrà anche ponderare criticamente i documenti raccolti confrontandoli con gli altri elementi in suo possesso, ad esempio la movimentazione sul conto.

Potrebbe così dover giungere alla conclusione che la formulazione di un contratto, consegnato dal cliente in relazione con un accredito in conto, sia vaga e indeterminata, e che quindi non fornisca il convincimento del fatto che la prestazione contrattuale sia stata effettivamente fornita[\[20\]](#).

Di norma l'intermediario finanziario deve adempiere personalmente ai chiarimenti. Se delega tale attività a terzi, rimane in ogni caso responsabile del congruo adempimento dei compiti e verifica personalmente la plausibilità dei risultati dei chiarimenti complementari (art. 29 cpvv. 1 e 3 ORD-FINMA)[\[21\]](#).

III. L'obbligo di comunicazione (art. 9 LRD)

Secondo l'art. 9 cpv. 1 LRD, l'intermediario finanziario è tenuto ad inviare una comunicazione al MROS se sa o ha il sospetto fondato che i valori patrimoniali oggetto di una relazione

d'affari sono in relazione con un reato ai sensi degli artt. 260^{ter} n. 1 o 305^{bis} CP, oppure che provengono da un crimine o da un delitto fiscale qualificato secondo l'art. 305^{bis} n. 1^{bis} CP, oppure che sottostanno alla facoltà di disporre di un'organizzazione criminale, oppure che servono al finanziamento del terrorismo (art. 260^{quinquies} cpv. 1 CP); deve anche procedere ad una comunicazione se interrompe le trattative per l'avvio di una relazione d'affari a causa di un simile sospetto fondato oppure se sa o ha motivo di presumere che i dati di una persona nella lista del Consiglio di sicurezza dell'ONU dei soggetti dediti ad attività terroristiche corrispondono con quelli di una controparte, di un avente economicamente diritto o di una persona autorizzata a firmare di una relazione d'affari o di una transazione.

Centrale è quindi sapere cosa significhi "sospetto fondato".

A. La nozione di sospetto fondato

La dottrina non è unanime nel definire il grado di sospetto a partire dal quale sorge in capo all'intermediario l'obbligo di comunicazione.

Secondo un orientamento, la nozione deve essere interpretata restrittivamente e l'obbligo di comunicazione sorge unicamente in presenza di elementi oggettivi concreti che i valori patrimoniali siano connessi con un atto di riciclaggio o provengano da un crimine o un delitto fiscale qualificato: non è sufficiente che permangano semplici dubbi in merito[\[22\]](#). In altre parole il semplice dubbio non comporta l'obbligo di comunicazione. In presenza di tale semplice dubbio (o sospetto) scatta piuttosto automaticamente l'obbligo di chiarimento *ex art.* 6 LRD. A seguito dello stesso si presentano tre possibili scenari: i chiarimenti permettono di dissipare il sospetto iniziale ed accertare la liceità della relazione o transazione, oppure lo aggravano rendendolo fondato, oppure non permettono né di dissipare né di rafforzare il sospetto. Nella prima ipotesi non sussiste alcun obbligo di comunicazione, mentre nella seconda questo sorge *ex art.* 9 LRD; nella terza ipotesi, invece, non sorgerebbe alcun obbligo bensì solo un diritto dell'intermediario finanziario di comunicare *ex art.* 305^{ter} cpv. 2 CP e 31 ORD-FINMA[\[23\]](#).

Un altro orientamento di dottrina afferma pure che il sospetto semplice comporta l'obbligo di chiarimento *ex art.* 6 LRD. Si distingue però dall'opinione precedentemente esposta, ritenendo che a seguito del chiarimento vi possano essere solo due ipotesi: o i chiarimenti permettono di dissipare il sospetto iniziale oppure non permettono di escluderlo rendendolo così fondato. Nella seconda ipotesi sorge l'obbligo di comunicazione *ex art.* 9 LRD: ove permanga il dubbio l'intermediario finanziario deve quindi sempre inviare la comunicazione[\[24\]](#).

[\[16\]](#) Sentenza TPF SK.2014.14 del 18 marzo 2015, consid. 4.5.3; Sentenza TAF B-2318/2006 del 23 giugno 2008, consid. 5.

[\[17\]](#) Sentenza TF 6B_724/2012 del 24 giugno 2013, consid. 5.5.

[\[18\]](#) Sentenza TAF B-2318/2006 del 23 giugno 2008, consid. 5.

[\[19\]](#) DE CAPITANI (nota 9), N 240 s. *ad Art.* 6 LRD.

[\[20\]](#) Sentenza TPF SK.2014.14 del 18 marzo 2015, consid. 4.5.5.

[\[21\]](#) TPF 2007 27 consid. 2.5.

[\[22\]](#) LOMBARDINI (nota 1), n. 582, 602-603.

[\[23\]](#) MAURO MINI, *Manuale di diritto finanziario*, vol. I, Manno 2017, p. 73, n. 213-216; ROLAND J. LUCHSINGER, in: Kunz/Jutzi/Schären (nota 6), N 29-34 *ad Art.* 9 LRD.

[\[24\]](#) DANIEL THELESKLAF, in: Thelesklaf/Wyss/Zollinger/van Thiel (nota 4), N 9, 12 *ad Art.* 9 LRD; DE CAPITANI (nota 9), N 40 *ad Art.* 9 LRD; MICHAEL REINLE, *Die Meldepflicht im Geldwäschereigesetz*, Zurigo 2007, n. 386.

Senza che sia necessario qui prendere posizione per l'una o l'altra tesi, basti constatare che la giurisprudenza dei tribunali e la prassi delle autorità svizzere hanno optato per il secondo orientamento. L'intermediario finanziario prudente non può quindi che prendere atto di ciò e comportarsi di conseguenza.

Da un lato, la giurisprudenza del Tribunale federale ha dapprima precisato che, perché sia data l'intenzionalità dell'autore di un riciclaggio, non è necessario che questi conosca e sia in grado di qualificare lo specifico reato a monte[25]. Tale giurisprudenza è del resto conforme con quella in materia di rogatorie internazionali per riciclaggio, per la quale la domanda di assistenza non deve necessariamente precisare in cosa consista il reato principale, potendosi limitare a menzionare transazioni sospette[26].

D'altra parte, sempre il Tribunale federale ha precisato che il semplice dubbio dell'intermediario finanziario giustifica l'obbligo di segnalazione[27].

Infine, il Tribunale federale ha recentemente precisato, riferendosi ai lavori preparatori della LRD, che l'intermediario finanziario, confrontato con uno degli indizi di riciclaggio, deve procedere ad effettuare i chiarimenti complementari previsti dall'art. 6 LRD e proseguire i propri accertamenti fino a quando è in grado di decidere il dilemma: vuoi la transazione che pareva sospetta è regolare, vuoi i sospetti erano fondati e scatta quindi l'obbligo di comunicazione ex art. 9 LRD[28]. Con ciò l'Alta Corte ha dato la preferenza al secondo orientamento della dottrina, affermando che al termine del chiarimento complementare vi sono unicamente due opzioni e non tre: se permane il dubbio scatta l'obbligo di comunicazione. In altre parole, il sospetto è da ritenersi fondato se l'intermediario finanziario, dopo i chiarimenti complementari, non può escludere che i valori patrimoniali siano connessi con un atto di riciclaggio o provengano da un crimine o un delitto fiscale qualificato.

Tale indirizzo della giurisprudenza era stato anticipato sia dal Tribunale penale federale[29] che dal Tribunale amministrativo federale[30]. Quest'ultimo aveva anche osservato che l'art. 9 LRD non deve essere interpretato restrittivamente, poiché, al contrario, il suo scopo è di fare emergere il maggior numero possibile di valori patrimoniali di origine sospetta; inoltre, ha spiegato che non spetta all'intermediario finanziario di determinare il tipo di reato a monte e di qualificarlo esattamente, poiché egli non ha solitamente la possibilità di procedere a dettagliati chiarimenti, visto che solo il MROS e se del caso le autorità di perseguimento penale hanno accesso a quelle informazioni che permettono un'affidabile sussunzione in rapporto ad una determinata fattispecie penale[31].

[25] DTF 119 IV 242 consid. 2.

[26] DTF 129 II 97 consid. 3.

[27] Sentenza TF 4A_313/2008 del 27 novembre 2008, consid. 4.2.2.3.

[28] Sentenza TF 6B_503/2015 del 24 maggio 2016, consid. 2.5.1.

[29] Sentenza TPF SK.2014.14 del 18 marzo 2015, consid. 4.5.1.1.

[30] Sentenza TAF B-6815/2013 del 10 giugno 2014, pubblicata in: Bollettino FINMA 5/2015, p. 22 s., consid. 4.3: "Im Zweifel ist immer eine Meldung zu erstatten".

[31] Sentenza TAF B-6815/2013 (nota 30), consid. 4.7.4.

Della medesima opinione sono poi anche le Autorità amministrative della Confederazione. Anche secondo il MROS, infatti, l'obbligo di comunicare sussiste laddove non è possibile escludere l'origine criminale dei valori[32]. L'Autorità federale di vigilanza sui mercati finanziari (FINMA) è del medesimo avviso, avendo fatto propria la giurisprudenza secondo la quale un sospetto che i valori patrimoniali potrebbero provenire da un crimine è fondato se il sospetto iniziale corrispondente non può essere fugato mediante i chiarimenti di cui all'art. 6 LRD[33]. Infine, il Dipartimento federale delle finanze (DFF) ha dato per acquisita la citata prassi svizzera in materia di obbligo di comunicazione, nell'ambito dell'esame da parte del Gruppo di azione finanziaria (GAFI): "[t]he Swiss authorities have clarified their expectations in this regard, opting for a broad interpretation by stating that financial intermediaries are required to submit a report where they cannot rule out the possibility that assets are of criminal origin. This interpretation is confirmed by case-law of the Federal Criminal Court from March 2015"[34].

L'intermediario finanziario deve quindi effettuare diligentemente i chiarimenti complementari. Se riesce così ad accertare la liceità della relazione o transazione, ad esempio perché conosce l'esatta provenienza lecita dei valori patrimoniali, bene; se invece permangono dubbi – anche soltanto per il motivo concreto che egli non riesce ad avere una visione completa di tutta la fattispecie – deve comunicare.

Il ricorso, per escludere l'esistenza di un obbligo di comunicazione, ad arguzie giuridiche troppo sottili è da sconsigliare[35]. Nel caso in cui il cliente sia oggetto di un procedimento penale pendente per crimini, è altrettanto sconsigliabile che l'intermediario finanziario si sostituisca al giudice, escludendo l'obbligo di comunicazione perché, a suo avviso, il cliente verrà sicuramente assolto.

B. Le modalità e le tempistiche

Sorto l'obbligo di comunicazione, l'intermediario finanziario deve fare una sola cosa: comunicare. Rifiuti di eseguire istruzioni del cliente o blocchi interni dei valori patrimoniali non sono delle alternative che possano giustificare una mancata comunicazione[36].

Destinatario della comunicazione è uno solo: il MROS. Segnalazioni effettuate ad altre autorità, al Ministero pubblico della Confederazione o a Ministeri pubblici cantonali non sono delle comunicazioni ai sensi dell'art. 9 LRD[37].

[32] UFFICIO FEDERALE DI POLIZIA (nota 2), p. 53.

[33] FINMA, Rapporto esplicativo concernente la revisione parziale dell'ORD-FINMA del 4 settembre 2017, p. 30.

[34] FATF, Anti-money laundering and counter-terrorist financing measures – Switzerland, Fourth Round Mutual Evaluation Report, Parigi 2016, p. 101, n. 313.

[35] LOMBARDINI (nota 1), n. 599 con riferimento alla citata sentenza TAF B-6815/2013 (nota 30).

[36] Sentenza TF 6B_729/2010 dell'8 dicembre 2011, consid. 4.5.3.

[37] LUCHSINGER (nota 23), N 89 ad Art. 9 LRD.

La comunicazione va effettuata per iscritto, ad esempio utilizzando l'apposito formulario allestito dall'Ufficio[38]; deve contenere, esposti in maniera oggettiva[39] e completa, gli elementi di cui dispone l'intermediario finanziario, ma almeno i dati indicati all'art. 3 dell'Ordinanza sull'Ufficio di comunicazione in materia di riciclaggio di denaro (RS 955.23; OURD).

Non appena terminati i chiarimenti complementari la comunicazione, se dovuta, va fatta senza indugio (art. 9 cpv. 1 LRD). In dottrina non vi sono indicazioni univoche sul significato del termine "senza indugio"; è stato sostenuto possa corrispondere ad un termine di due giorni[40].

L'obbligo di comunicazione previsto dall'art. 9 LRD non si estingue con la fine della relazione d'affari, ma perdura fintantoché i valori possono essere scoperti e confiscati. Esso cessa invece quando i valori vengono scoperti dalle autorità, ad esempio quando un Ministero pubblico ha ordinato l'apertura della procedura penale in seguito alla denuncia di un altro intermediario finanziario[41].

IV. Il diritto di comunicazione (art. 305^{ter} n. 2 CP)?

Per l'art. 305^{ter} n. 2 CP, l'intermediario finanziario avrebbe inoltre il diritto di comunicare al MROS gli indizi che permettono di sospettare che valori patrimoniali provengono da un crimine o da un delitto fiscale qualificato ai sensi dell'art. 305^{bis} n. 1^{bis} CP.

Vista l'evoluzione della nozione di "sospetto fondato" che fa scattare l'obbligo di denuncia ex art. 9 LRD quando il sospetto non può essere escluso, non si comprende però più quale ambito applicativo rimanga al diritto di comunicazione. Quest'ultimo era stato introdotto prima che esistesse la LRD, per risolvere la situazione d'*impasse* in cui si trovavano le banche che nutrivano sospetti sull'origine del patrimonio di un loro cliente. Esse non potevano, visti i loro sospetti, permettere al cliente di disporre degli averi, senza incorrere il rischio di commettere un atto di riciclaggio; d'altra parte non potevano neanche provocare l'intervento delle autorità penali, senza violare il segreto bancario. Erano quindi costrette a bloccare internamente *sine die* gli averi, incorrendo nella responsabilità civile verso il cliente per non avere dato seguito alle sue istruzioni. Per questo motivo fu introdotto il diritto di cui all'art. 305^{ter} n. 2 CP[42].

Con l'entrata in vigore della LRD nel 1998, iniziò la convivenza dell'obbligo con il diritto di comunicazione. Questa poteva avere un senso allora, i due istituti differenziandosi grazie all'intensità del sospetto. Un intermediario finanziario poteva avvalersi del diritto di comunicazione ex art. 305^{ter} n. 2 CP se

nutriva un sospetto che non giustificava ancora l'obbligo di comunicazione ex art. 9 LRD[43].

Oggi invece non ha più senso, visto l'abbassamento dell'intensità del sospetto provocante l'obbligo di comunicazione. Infatti, come visto, in presenza di tale semplice sospetto scatta innanzitutto automaticamente l'obbligo di chiarimento ex art. 6 LRD, che l'intermediario finanziario è in ogni caso tenuto ad eseguire[44]. Se, a seguito del chiarimento complementare, egli non può escludere il sospetto, questo è fondato e sorge l'obbligo di comunicazione; per un autonomo diritto di comunicazione non vi è spazio. Se invece, a seguito del chiarimento complementare, egli può escludere il sospetto, i valori patrimoniali sono accertati di origine lecita e l'intermediario non ha quindi alcun diritto di comunicazione: comunicando ugualmente egli si rende responsabile civilmente e penalmente per violazione del segreto bancario e/o degli obblighi di riservatezza contrattuali verso il cliente.

Non esistendo un diritto di comunicazione senza che vi sia anche contemporaneamente un obbligo identico, l'art. 305^{ter} n. 2 CP è divenuto lettera morta, un "fossile" giuridico. Non sono quindi per nulla infondate le critiche mosse alla Svizzera dal GAFI, che ritiene che tale convivenza di diritto ed obbligo sia solo foriera di confusione per gli intermediari finanziari[45].

La FINMA ha già raccolto la sfida, mettendo in cantiere una revisione dell'ORD-FINMA prevedente l'abrogazione dell'art. 31 sulle cd. "relazioni d'affari dubbiose" e sul diritto di comunicazione[46]. Il legislatore, sempre molto sensibile alle critiche del GAFI, non tarderà probabilmente a prendere atto dell'inutilità dell'art. 305^{ter} n. 2 CP[47].

V. L'incidenza del riciclaggio fiscale

Ci si potrebbe domandare se l'introduzione nel diritto svizzero della punibilità del riciclaggio fiscale a partire dal 1° gennaio 2016 – cioè l'estensione dei reati a monte di riciclaggio ai reati fiscali gravi in materia di imposte dirette (art. 305^{bis} CP) ed indirette (art. 14 cpv. 4 della Legge federale sul diritto penale amministrativo [RS 313.0; DPA]) – modifichi in qualche modo il sistema di lotta al riciclaggio esposto ai punti precedenti.

In linea di massima, la risposta deve essere negativa, visto che il legislatore si è limitato a estendere l'applicabilità del riciclaggio con la previsione di due nuovi reati a monte, senza prevedere però regole particolari, dal punto di vista della strategia antiriciclaggio, per tali nuove figure di reato.

Gli obblighi di diligenza dell'intermediario finanziario sono quindi sostanzialmente i medesimi, sia in riferimento al

[38] È previsto che, probabilmente dal 2019, le comunicazioni di sospetto, i pertinenti allegati e le informazioni supplementari saranno registrati e presentati al MROS esclusivamente tramite un portale *online*.

[39] LOMBARDINI (nota 1), n. 619.

[40] Scettico su di un termine fisso LUCHSINGER (nota 23), N 99 *ad Art.* 9 LRD.

[41] DTF 142 IV 276.

[42] LOMBARDINI (nota 1), n. 561.

[43] UFFICIO FEDERALE DI POLIZIA (nota 2), p. 53.

[44] LOMBARDINI (nota 1), n. 590; UFFICIO FEDERALE DI POLIZIA (nota 2), p. 54.

[45] FATF (nota 34), pp. 101-102, n. 315.

[46] FINMA (nota 33), p. 30.

[47] Contrario, MATTHIAS KUSTER, Zur Abgrenzung des Melderechts nach Art. 305^{ter} Abs. 2 StGB von der Meldepflicht nach Art. 9 GwG, in: Jusletter 26 Juni 2017.

riciclaggio fiscale che al riciclaggio da altri reati[48]; le modalità dei chiarimenti complementari dovranno però essere adattate e necessiteranno di competenze e sforzi molto maggiori.

A. L'obbligo di procedere ad un chiarimento

In particolare in relazione agli elementi che fanno scattare l'obbligo di chiarimento complementare *ex art.* 6 cpv. 2 LRD, né il legislatore originario né il legislatore delegato (la FINMA) hanno stabilito nuovi indizi o criteri specifici al riciclaggio fiscale[49].

Per decidere se una relazione o una transazione siano o meno inusuali ai sensi dell'art. 6 cpv. 2 lett. *a* LRD l'intermediario finanziario si riferirà quindi ai medesimi criteri utilizzati per tutti gli altri possibili reati a monte di riciclaggio, esposti precedentemente al capitolo II.C.

Anche in merito ai sospetti che i valori patrimoniali provengano da un reato ai sensi dell'art. 6 cpv. 2 lett. *b* LRD, l'intermediario finanziario non potrà che riferirsi alla lista di indizi contenuta nell'allegato all'ORD-FINMA, che non fa alcuna distinzione tra i reati a monte di riciclaggio e che la FINMA non ha modificato a seguito dell'entrata in vigore del nuovo riciclaggio fiscale, se non con la ovvia precisazione (indizio 4.6) che anche l'esistenza di procedimenti penali contro il cliente dell'intermediario finanziario per un delitto fiscale qualificato costituisce ora indizio qualificato da chiarire.

Quanto alla classificazione del rischio della relazione e transazione, in dottrina è stato recentemente sostenuto che gli intermediari finanziari sarebbero tenuti a rivedere, nella loro regolamentazione interna, i criteri per il riconoscimento di relazioni d'affari e transazioni che comportano rischi superiori ai sensi degli artt. 13 e 14 ORD-FINMA, stabilendo nuovi specifici criteri per il riciclaggio fiscale.

Per identificare tali nuovi criteri viene proposto di trarre ispirazione da quelli previsti nei vari progetti di legge coi quali il Consiglio federale voleva imporre la cd. "strategia del denaro dichiarato": sarebbero (nuovi) elementi comportanti un rischio accresciuto in tal senso la richiesta del cliente di particolare discrezione o di effettuare investimenti in prodotti finanziari esenti da imposizione alla fonte, il fatto che il cliente non intenda richiedere la restituzione delle imposte alla fonte pagate, la circostanza che la corrispondenza venga trattenuta presso la banca o spedita ad un avvocato o fiduciario o che il cliente vieti all'intermediario di contattarlo telefonicamente, la mancata richiesta di periodici estratti bancari destinati alle autorità fiscali o il cambiamento di residenza senza plausibili motivi[50].

[48] CHRISTOPH SUTER/CÉDRIC REMUND, *Neue Vortaten zur Geldwäscherei im Steuerstrafrecht: welche Konsequenzen für Finanzintermediäre?*, in: ASA 2013/2014, p. 620.

[49] NATALIA FERRARA/EDY SALMINA, *Die Weissgeldstrategie wird zum Strafrecht*, Berna 2016, n. 102; STEFAN FUCHS, *Die Steuergeldwäscherei im Schweizer Recht*, Berna 2017, n. 509.

[50] SUTER/REMUND (nota 48), pp. 622-623; PAOLO BERNASCONI, *Diligenza delle banche svizzere in materia fiscale*, in: Samuele Vorpe (ed.), *Contravvenzioni e delitti fiscali nell'era dello scambio internazionale d'informazioni*, Manno 2015, pp. 512-514, 521; MARC-ANDRÉ SCHAUWECKER, *Steuerdelikte als Vorta-*

Un simile obbligo in realtà non esiste ed i nuovi criteri proposti non appaiono né necessari né idonei a suscitare sospetti della commissione di reati fiscali qualificati.

Determinante è che gli artt. 13 e 14 ORD-FINMA, come visto in precedenza, lasciano all'intermediario finanziario un ampio margine di apprezzamento per stabilire i criteri di riconoscimento delle relazioni e transazioni a rischio accresciuto: solo un abuso di tale potere di apprezzamento – mediante una scelta insostenibile di criteri di rischio – può essere sanzionato.

Considerato però che nemmeno il legislatore o il legislatore delegato hanno ritenuto (ad esempio modificando l'ORD-FINMA) di menzionare nuovi criteri di rischio specifici relativi al riciclaggio fiscale, non è possibile ritenere che una scelta simile da parte di un intermediario finanziario sia insostenibile. Del resto, la violazione degli obblighi di diligenza da parte degli intermediari finanziari può comportare conseguenze penali; ciò implica, in uno Stato di diritto, che la norma sia formulata con precisione tale per cui il cittadino sia in grado di adeguare il proprio comportamento in base alla stessa e riconoscere le conseguenze di un determinato comportamento[51]; per imporre agli intermediari finanziari l'adozione di nuovi specifici criteri di rischio l'ORD-FINMA avrebbe dunque dovuto essere modificata conseguentemente[52].

Quanto all'inidoneità dei nuovi criteri proposti basti osservare che gli stessi, proprio perché ispirati dalla cd. "strategia del denaro dichiarato", costituiscono unicamente indizi di una mancata dichiarazione di elementi imponibili e quindi di una semplice sottrazione fiscale, non di un delitto fiscale qualificato in materia di imposte dirette ai sensi dell'art. 305^{bis} n. 1 CP o di un crimine di truffa fiscale in materia di imposte indirette ai sensi dell'art. 14 cpv. 4 DPA, che esigono l'uso di documenti falsi o di macchinazioni fraudolente ed un indebito profitto di almeno fr. 300'000 per le imposte dirette o particolarmente considerevole in materia di imposte indirette[53]: non sono perciò indizi di un riciclaggio fiscale. Il fatto che del denaro sia dichiarato al fisco non permette del resto neppure di escludere la commissione di una frode o truffa fiscale qualificata, ad esempio nel caso di distribuzione dissimulata di utili societari[54].

Infine non si può dimenticare che non esiste alcuna base legale per imporre agli intermediari finanziari di attuare la cd. "strategia del denaro dichiarato", e che per tre volte negli ultimi quattro anni i tentativi di ancorarla nella legge sono falliti, scontratisi con l'opposizione dapprima, in sede di procedura

ten zur Geldwäscherei und deren Konsequenzen für Finanzintermediäre, Berna 2016, p. 184; PETER LUTZ/MARTIN KERN, *Geldwäscherei und das qualifizierte Steuervergehen von Art. 305bis Ziff. 1^{bis} StGB*, in: SJZ 2017, p. 104.

[51] "nullum crimen sine lege certa" (art. 1 CP).

[52] E persino in tale caso si potrebbe dubitare del rispetto del principio dell'art. 1 CP, cfr. FERRARA/SALMINA (nota 49), n. 104, pp. 61-62.

[53] GIOVANNI MOLO/DANIELE GALLIANO, *L'introduction du blanchiment fiscal dans le domaine de la fiscalité directe*, in: Jusletter 23 Februar 2015, n. 27.

[54] È piuttosto ovvio che una frode o truffa fiscale possano essere commesse anche in relazione a attivi in sé dichiarati fiscalmente, cfr. gli esempi in: FRANCESCO NAEF/MICHELE CLERICI, *Steuerstraftaten als Vortaten der Geldwäscherei: Der Weg in la Terreur*, in: Jusletter 7 April 2014, n. 29-33 e 47.

di consultazione, delle cerchie interessate e poi dello stesso legislatore[55]. Fare rientrare dalla finestra una "strategia del denaro dichiarato" vincolante che il legislatore ha cacciato dalla porta significherebbe perciò disprezzare il principio di legalità e quello della separazione dei poteri[56].

Anche per il riciclaggio fiscale gli intermediari finanziari possono e devono fare capo, per stabilire i criteri per il riconoscimento di relazioni d'affari e transazioni che comportano rischi superiori, alla esistente lista degli artt. 13 e 14 ORD-FINMA, che non fa alcuna distinzione tra i reati a monte di riciclaggio: non devono quindi necessariamente inventarsi nuovi criteri ma sfruttare quelli esistenti[57].

Tra questi, alcuni criteri sembrano meno rilevanti di altri, rispetto al riciclaggio fiscale; ad esempio è contestato in dottrina che il luogo o nazionalità o luogo di attività del cliente in un Paese a tassazione elevata possa costituire un rischio accresciuto di riciclaggio fiscale[58]. La complessità delle strutture ed in particolare l'utilizzo di società di sede (art. 13 cpv. 2 lett. h ORD-FINMA) sembra invece essere generalmente riconosciuto come un criterio particolarmente rilevante per riconoscere il rischio accresciuto di una relazione[59], tant'è che sarà probabilmente esteso e precisato in una futura versione dell'ORD-FINMA[60]; vista la soglia di punibilità del delitto fiscale qualificato (art. 305^{bis} n. 1^{bis} CP), anche l'ammontare dei valori patrimoniali in entrata o in uscita (art. 14 cpv. 2 lett. a ORD-FINMA) appare un criterio particolarmente rilevante per valutare il rischio di una singola transazione[61]. Di conseguenza, l'intermediario finanziario che non dovesse in alcun modo considerare tali criteri rilevanti potrebbe esporsi alla critica di avere abusato del potere di apprezzamento riconosciutogli, istaurando un sistema di riconoscimento delle relazioni e transazioni a rischio accresciuto poco sostenibile.

B. Il contenuto e le modalità del chiarimento

Anche in merito a come svolgere il chiarimento ex art. 6 cpv. 2 LRD, il legislatore non ha previsto modalità particolari per considerare la nuova ipotesi di riciclaggio fiscale. È tuttavia proprio a questo stadio che le particolarità dei reati fiscali a monte del riciclaggio comportano per gli intermediari finanziari competenze e sforzi molto maggiori rispetto al passato, nonché l'adozione di modalità adattate.

In primo luogo, ed è un'ovvietà, scattato l'obbligo di chiarimento complementare a seguito di una relazione o transazione inusuale o a rischio accresciuto o presentante indizi di

riciclaggio, la legalità della relazione o della transazione non può più essere semplicemente ed automaticamente giustificata con lo scopo del cliente di pagare meno imposte, che nel diritto previgente non poteva costituire per definizione reato a monte di riciclaggio.

Poiché dal 1° gennaio 2016 esistono dei reati a monte di natura fiscale, gli intermediari finanziari devono, al contrario, esaminare, comprendere e perciò chiarire anche gli aspetti fiscali legati ad una relazione o transazione, per escludere che essa sia in connessione con un reato fiscale qualificato.

Per fare ciò l'intermediario finanziario deve esaminare quali imposte dirette ed indirette entrano in considerazione, e ciò non necessariamente solo considerando la posizione della controparte, del detentore del controllo o dell'avente diritto economico della relazione; frodi o truffe fiscali potendo essere realizzate nell'ambito di afflussi di denaro da o deflussi verso terze società, potrebbe essere necessario a seconda dei casi interessarsi anche a tali terzi[62].

Come previsto dall'art. 16 ORD-FINMA, l'intermediario finanziario deve a tal fine raccogliere informazioni per scritto o oralmente presso la controparte, i detentori del controllo o gli aventi economicamente diritto della relazione, rispettivamente visitare i luoghi in cui l'attività viene svolta, consultare fonti e banche dati pubblicamente accessibili o, se del caso, chiedere informazioni presso persone degne di fiducia; deve infine documentare il risultato di tali chiarimenti e verificare se siano plausibili. Ciò può comportare la necessità di raccogliere ed esaminare "bilanci, conti economici, dichiarazioni fiscali e notifiche di tassazione"[63] e di esaminare personalmente (se l'intermediario dispone delle necessarie conoscenze sul diritto fiscale in questione)[64], o fare esaminare da terzi periti[65], la situazione fiscale.

In secondo luogo, la modalità del chiarimento complementare deve essere adattata alla particolare conformazione del riciclaggio fiscale. Infatti il delitto fiscale qualificato ai sensi dell'art. 305^{bis} n. 1^{bis} CP comporta per definizione l'uso di documenti falsi nei confronti del fisco e si realizza solo quando tale uso provoca un'omessa o insufficiente imposizione diretta per almeno fr. 300'000 annuali.

Anche se la dottrina è divisa sul quesito a sapere se la punibilità esiga un risultato completamente realizzato, e quindi l'esistenza di una decisione di una tassazione insufficiente cresciuta in giudicato[66], oppure se insorga già prima, allo

[55] FUCHS (nota 49), n. 514-515.

[56] In tal senso anche GIOVANNI MOLO, *Du secret bancaire à la transparence financière*, Ginevra 2017, pp. 559-560.

[57] MOLO (nota 56), p. 538.

[58] Cfr. FUCHS (nota 49), n. 524.

[59] SUTER/REMUND (nota 48), p. 622; BERNASCONI (nota 50), pp. 513-514; SCHAUWECKER (nota 50), p. 184; LUTZ/KERN (nota 50), p. 104; MOLO (nota 56), pp. 538-539.

[60] FINMA (nota 33), p. 17.

[61] MOLO (nota 56), p. 539.

[62] GABRIEL BOURQUIN, *Infractions fiscales comme infractions préalables au blanchiment d'argent*, in: ASA 2016-2017, p. 374, nota 147.

[63] NAEF/CLERICI (nota 54), n. 71 con riferimenti; MOLO/GALLIANO (nota 53), n. 28; GABRIEL BOURQUIN, *Steuergeldwäscherei in Bezug auf direkte Steuern*, Berlino 2017, p. 374; SCHAUWECKER (nota 50), p. 150.

[64] NAEF/CLERICI (nota 54), n. 72.

[65] Ciò che in situazioni coinvolgenti relazioni societarie internazionali può risultare indispensabile, cfr. FERRARA/SALMINA (nota 49), n. 108.

[66] NAEF/CLERICI (nota 54), n. 45; URSULA CASSANI, *L'extension du système de lutte contre le blanchiment d'argent aux infractions fiscales: Much Ado About (Almost) Nothing*, in: RSDA 2015, p. 86; FERRARA/SALMINA (nota 49), n. 76;

stadio del tentativo^[67], vi è unanimità sul fatto che nulla sia punibile prima dell'inoltro della dichiarazione d'imposta con la documentazione falsa al fisco. Prima di tale momento l'intermediario finanziario non è dunque obbligato ai sensi dell'art. 9 LRD né ha facoltà ai sensi dell'art. 305^{ter} n. 2 CP di effettuare una comunicazione^[68].

Il problema è dunque che, solitamente, la transazione inusuale o a rischio accresciuto o presentante indizi di riciclaggio che fa scattare l'obbligo di chiarimento ai sensi dell'art. 6 cpv. 2 LRD interviene in un momento in cui dell'eventuale reato a monte fiscale non è stata nemmeno iniziata la commissione, cioè prima dell'invio al fisco della dichiarazione d'imposta con i documenti falsi: a tal momento non esiste neanche il tentativo di un reato a monte di natura fiscale^[69]. Ciò non significa però che detto reato a monte non sarà commesso in futuro, al momento dell'invio della dichiarazione fiscale.

Il chiarimento dell'intermediario finanziario deve tenere conto di questa particolarità e quindi in pratica esser effettuato temporalmente in due tappe: sia al momento dell'insorgere dell'elemento scatenante l'obbligo di chiarimento che in seguito, quando gli elementi imponibili saranno stati dichiarati al fisco. Ciò significa in pratica che l'intermediario finanziario è tenuto ad effettuare periodici chiarimenti sulla situazione fiscale del cliente^[70].

C. L'obbligo di comunicazione

Anche per la nozione di "fondato sospetto" che obbliga l'intermediario finanziario a segnalare al MROS si può rinviare a quanto precedentemente esposto al capitolo III. L'obbligo di segnalazione sussiste quando, a seguito dei plausibili chiarimenti complementari eseguiti dall'intermediario finanziario questi non possa escludere che valori patrimoniali oggetto di una relazione d'affari siano in relazione con un riciclaggio fiscale o provengano da un crimine o da un delitto fiscale qualificato^[71].

L'intermediario finanziario può, ad esempio, escludere una connessione con riciclaggio fiscale o reati fiscali qualificati nel caso le nuove disposizioni sul riciclaggio fiscale non siano temporalmente applicabili. A tal proposito bisogna tenere presente che, per esplicita disposizione transitoria in materia di imposte dirette, l'art. 305^{bis} CP non è applicabile ai delitti fiscali qualificati ai sensi dell'art. 305^{bis} n. 1^{bis} CP commessi prima del 1° gennaio 2016; di conseguenza, perché vi sia punibilità, non solo l'atto di riciclaggio deve essere stato commesso dopo tale data, ma anche il reato fiscale a monte^[72]. Poiché, come visto in precedenza, il primo atto punibile come

frode fiscale qualificata in materia di imposte dirette è l'invio della dichiarazione fiscale o comunque della documentazione falsa al fisco, non vi è punibilità (e quindi neppure obbligo di comunicazione) se tale invio risale a prima del 1° gennaio 2016^[73]; in linea di massima, ove viga un sistema di tassazione annuale *postnumerando* e nel 2016 vengano dichiarati i redditi 2015, una punibilità rispetto a movimenti di denaro ed elementi imponibili precedenti al 2015 potrebbe essere esclusa^[74]. È però difficile generalizzare, molto dipendendo dalle circostanze concrete.

Nonostante il silenzio del legislatore, la dottrina ritiene che analoghi principi di diritto transitorio valgano anche per il nuovo crimine di truffa fiscale qualificata in materia di imposte indirette (art. 14 cpv. 4 DPA)^[75].

Oppure si può escludere la connessione con un crimine o delitto fiscale qualificato per movimenti di denaro annuali inferiori alla soglia prevista dall'art. 305^{bis} n. 1^{bis} CP (imposta sottratta superiore a fr. 300'000 per periodo fiscale), ciò che presuppone la conoscenza, oltre dei dettagli impositivi del cliente, dell'aliquota fiscale del Paese del domicilio fiscale del cliente. Nel caso però siano ipotizzabili anche delle incidenze su imposte indirette quali l'imposta preventiva (o una sua equivalente) o l'imposta sul valore aggiunto – quindi nel caso di un'impresa o di una persona fisica azionista di un'impresa – l'intermediario finanziario dovrà mostrare particolare prudenza^[76]: spesso una distribuzione occulta di dividendo costituisce non solo frode fiscale ai sensi delle imposte dirette, ma anche truffa fiscale ai sensi di quelle indirette^[77]. Il problema è che, per queste ultime, il legislatore non ha stabilito esplicitamente alcuna soglia di punibilità, riferendosi genericamente ad un pregiudizio fiscale "*particolarmente considerevole*" (art. 14 cpv. 4 DPA) che, a seconda di come si legge la giurisprudenza, potrebbe corrispondere ad un'imposta evasa per poco più di fr. 15'000^[78].

In generale, è sconsigliabile per l'intermediario finanziario di avventurarsi ad argomentare che può escludere che dei valori siano il provento di un delitto fiscale qualificato senza esaminare l'eventuale commissione di quest'ultimo, per il semplice motivo che sono in realtà il provento di attività lecite. La particolarità del reato fiscale a monte è infatti che, in realtà, si situa a valle. Un reato fiscale, di solito, non genera cioè valori patrimoniali contaminati, ma permette semmai al contribuente, tramite una tassazione omessa od erronea, di evitare il pagamento di imposte: non vi è quindi un concreto flusso di denaro in favore del contribuente che possa essere definito provento ma unicamente un risparmio fiscale, che è ben difficile determinare dove si trovi nel patrimonio

AURÉLIA RAPPO, *Le blanchiment d'infractions fiscales*, in: *Expert Focus 2015*, p. 1004; MINI (nota 23), p. 26, n. 31.

[67] MOLO (nota 56), p. 531; BOURQUIN (nota 63), pp. 232-234; FUCHS (nota 49), n. 265.

[68] FUCHS (nota 49), n. 506-507.

[69] NAEF/CLERICI (nota 54), n. 45.

[70] NAEF/CLERICI (nota 54), n. 71; SUTER/REMUND (nota 48), p. 621; RAPPO (nota 66), pp. 1004-1005; FUCHS (nota 49), n. 532-533.

[71] NAEF/CLERICI (nota 54), n. 67, 78; MOLO (nota 56), p. 536.

[72] MOLO (nota 56), p. 532; FERRARA/SALMINA (nota 49), n. 121; MINI (nota 23), p. 26, n. 32.

[73] MARKUS HESS/OMAR ABO YOUSSEF, *Die Übergangsbestimmung zum qualifizierten Steuervergehen als Geldwäschereivortat*, in: *Jusletter 25 avril 2016*.

[74] LUTZ/KERN (nota 50), p. 103; BOURQUIN (nota 63), p. 238.

[75] CASSANI (nota 66), p. 89; MOLO (nota 56), p. 533; FUCHS (nota 49), n. 329.

[76] MOLO (nota 56), p. 538.

[77] NAEF/CLERICI (nota 54), n. 29-33, 40-42.

[78] NAEF/CLERICI (nota 54), n. 23.

dell'autore del delitto[79]. In altre parole, i valori patrimoniali che si trovano sulla relazione del cliente provengono dalla sua attività e possono anche essere perfettamente leciti; ciò non esclude però che, in un secondo tempo, a seguito di un'omessa o insufficiente imposizione, i valori inizialmente legali si trasformino in patrimonio criminale[80].

Per cercare di risolvere quest'intrinseca incongruenza della nuova legge, in dottrina sono state proposte le più svariate teorie interpretative – talvolta fondate addirittura su di un'interpretazione estensiva della legge penale, dalla dubbia compatibilità con l'art. 1 CP – che, fino a quando il Tribunale federale non avrà avuto modo di esaminare il quesito, rimangono teorie: l'intermediario finanziario che non voglia fare da cavia farà bene diffidarne.

Come indicato in precedenza, vi possono poi essere dei casi in cui l'esito del chiarimento complementare permette di escludere la commissione di un delitto fiscale qualificato unicamente allo stato, perché il cliente non ha ancora inviato al fisco la dichiarazione fiscale annuale: non essendo nemmeno stata iniziata la commissione del reato fiscale, l'intermediario non ha l'obbligo di comunicare ex art. 9 LRD[81]. Tale conclusione non è però definitiva e dovrà essere oggetto di nuovo chiarimento ex art. 6 LRD dopo l'invio della dichiarazione fiscale, al termine del quale potrà invece sorgere l'obbligo di segnalazione.

Infine, l'intermediario finanziario può, a seguito del diligente chiarimento delle implicazioni fiscali, se del caso estere, escludere l'esistenza di reati fiscali a monte.

Se non può escluderlo, ad esempio perché le informazioni raccolte nel chiarimento complementare sono poco plausibili od anche lacunose, nasce l'obbligo di segnalazione. A tal proposito è bene ricordare che, nei lavori preparatori, il legislatore ha tenuto a precisare che l'intermediario finanziario non deve né provare il reato preliminare fiscale, né calcolare al centesimo l'imposta sottratta bensì, semplicemente, disporre di segnali sufficienti a giustificare una comunicazione di sospetto[82].

D. Il diritto di comunicazione?

Per il diritto di comunicazione, vale la critica già esposta al capitolo IV. In aggiunta, specificatamente riguardo al riciclaggio fiscale, vale la pena comunque di ricordare che, prima della commissione (almeno allo stadio del tentativo) di un delitto fiscale qualificato, non vi è alcun diritto di comunicazione al MROS ai sensi dell'art. 305^{ter} n. 2 CP; una comunicazione inviata prima dell'inoltro da parte del cliente della sua dichiarazione d'imposta annuale (con la documentazione falsa) non è dunque lecita ai sensi dell'art. 11 LRD e può esporre

[79] MINI (nota 23), p. 28, n. 36.

[80] NAEF/CLERICI (nota 54), n. 14.

[81] FUCHS (nota 49), n. 506-507; BOURQUIN (nota 63), p. 221; contrari, curiosamente, FERRARA/SALMINA (nota 49), n. 122, che però probabilmente intendevano riferirsi unicamente agli obblighi di chiarimento ex art. 6 LRD e non anche all'obbligo di comunicazione ex art. 9 LRD.

[82] Si veda il Messaggio n. 13.106 del Consiglio federale concernente l'attuazione delle Raccomandazioni del Gruppo d'azione finanziaria (GAFI) rivedute nel 2012, del 13 dicembre 2013, in: FF 2014 563, p. 627.

l'intermediario finanziario a responsabilità civile e penale[83].

VI. Le sanzioni

Le conseguenze della violazione degli obblighi imposti dalla LRD possono essere di duplice natura: da un lato i comportamenti dell'intermediario finanziario possono configurarsi come infrazioni penali, dall'altro possono comportare sanzioni di natura amministrativa.

A. Le conseguenze penali

Nel caso in cui l'intermediario finanziario non adempia l'obbligo di comunicazione, malgrado ve ne siano le condizioni, egli è punibile con una multa sino a fr. 500'000. Mentre la negligenza è punibile con la multa sino a fr. 150'000 (art. 37 LRD).

Indipendentemente da una comunicazione all'Ufficio di comunicazione, l'intermediario finanziario potrebbe però subire un'azione penale per violazione degli artt. 305^{bis} o 305^{ter} CP[84].

Inoltre il comportamento punibile in ambito di riciclaggio (art. 305^{bis} CP) può consistere in un'omissione[85]. Infatti il Tribunale federale ha ritenuto che, con l'entrata in vigore della LRD, l'intermediario finanziario ha un obbligo legale (nei limiti imposti dagli artt. 3-10 LRD) di collaborare con le autorità competenti. Questi obblighi creano una posizione di garante[86]. Il reato di riciclaggio è punibile solo se commesso intenzionalmente; è però sufficiente il dolo eventuale. L'intermediario finanziario che, ad esempio, dovendolo fare, omette di eseguire i chiarimenti complementari accetta per questo il rischio di partecipare in tal modo ad un atto di riciclaggio[87].

Non va dimenticato, inoltre, che accanto alla responsabilità della persona che commette il reato di riciclaggio, in virtù dell'art. 305^{bis} CP potrebbe sussistere anche la responsabilità penale dell'impresa alle cui dipendenze essa si trova, per carenza organizzazione interna. In questo caso l'impresa è punita con la multa fino a fr. 5'000'000 (art. 102 cpv. 2 CP).

B. Le conseguenze amministrative

Per le persone assoggettate alla vigilanza della FINMA (art. 2 cpv. 2 LRD), questa può revocarne l'autorizzazione, il riconoscimento, l'abilitazione o la registrazione se esse non adempiono più le condizioni di esercizio dell'attività o violano gravemente le disposizioni legali in materia di vigilanza (art. 37 cpv. 1 della Legge sulla vigilanza dei mercati finanziari [RS 956.1; LFINMA]). Tra le condizioni di esercizio vi è quella della garanzia di attività irreprensibile da parte delle persone incaricate dell'amministrazione e direzione (art. 3 della Legge sulle banche [RS 952.0; LBCR]). In particolare, l'accettazione per negligenza di valori patrimoniali provenienti da un crimine o da un delitto fiscale qualificato può mettere in questione la garanzia di un'attività irreprensibile (art. 7 cpv. 2 ORD-FINMA).

[83] FUCHS (nota 49), n. 506-507.

[84] LOMBARDINI (nota 1), n. 641.

[85] MINI (nota 23), p. 30, n. 44.

[86] DTF 136 IV 188 consid. 6.2.2.

[87] MINI (nota 23), p. 32, n. 50.

DIRITTO FINANZIARIO

Per gli intermediari finanziari assoggettati alla vigilanza di organismi riconosciuti di autodisciplina (OAD) le conseguenze possono essere simili, visto che l'art. 25 LRD impone a detti organismi di emanare un regolamento contenente le condizioni di affiliazione e di esclusione: di norma tali regolamenti prevedono appunto la garanzia di attività irreprensibile quale requisito per l'affiliazione e il suo mantenimento[88].

[88] Cfr., ad esempio, l'art. 6 Regolamento dell'OAD-FCT (ROAD); art. 4 Regolamento dell'OAD PolyReg; art. 3 Regolamento dell'OAD FSA/FSN.