

La normativa antiriciclaggio e il coinvolgimento dei professionisti.

Spunti di riflessione per possibili modifiche della normativa alla luce dell'emananda quarta direttiva UE.

Il presente documento intende esporre alcune criticità della normativa di prevenzione del riciclaggio (D.Lgs. n. 231/2007), derivanti da un recepimento della Direttiva 2005/60/CE e delle Raccomandazioni GAFI che appare talvolta non corretto e che provoca discrasie nell'applicazione rispetto ai professionisti di altri Paesi dell'UE.

Sono inoltre esposte ulteriori criticità della normativa nazionale causate dalle continue modifiche della stessa, con incongruenze tra la normativa primaria e quella secondaria, in parte non ancora emanata e in parte *ultra legem*.

Parte prima - Riflessioni di carattere generale

La definizione di titolare effettivo

L'individuazione e l'identificazione del "beneficiario economico finale" di un'operazione, di una prestazione professionale o di un rapporto continuativo costituisce uno degli aspetti più problematici della normativa antiriciclaggio.

Come rappresentato nello studio condotto a livello europeo da Deloitte¹ sull'applicazione della terza direttiva antiriciclaggio, studio commissionato dalla Commissione stessa per valutare l'impatto della Direttiva nella Comunità Europea, la richiesta di fare chiarezza sulla figura del titolare effettivo proviene tanto dagli Organismi pubblici quanto dal settore privato. Numerosi Stati membri dell'Unione Europea lamentano una definizione di Titolare effettivo non sufficientemente chiara e conseguenti problemi applicativi per i soggetti tenuti al rispetto degli obblighi antiriciclaggio. Particolare enfasi è stata data alle difficoltà applicative nell'individuazione del Titolare effettivo, collegate alla nozione di "controllo" ai fini della normativa antiriciclaggio rispetto alla nozione di controllo prevista dalle legislazioni nazionali e nelle "catene societarie", specie nei gruppi societari internazionali. Incertezze nella definizione di Titolare effettivo o interpretazioni divergenti degli Stati membri creano difficoltà e possono aumentare i costi di *compliance*, nonché influire sulle condizioni di concorrenza per i soggetti tenuti a osservare gli obblighi antiriciclaggio nei diversi Stati membri.

Nelle nuove Raccomandazioni GAFI² del febbraio 2012 si prevede che, per effettuare l'adeguata verifica delle persone giuridiche/enti, laddove non sia possibile individuare la persona fisica che *i.*) detiene la partecipazione di controllo o che *ii.*) esercita il controllo con altri mezzi, occorre identifica-

¹ Deloitte - Final study on the application of the anti-money laundering Directive; Service contract ETD/2009/IM/F2/90.

² The FAFT Recommendations, International standards on combating money laundering and the financing of terrorism & proliferation; February 2012.

re una persona fisica che *iii.*) occupi la posizione di *senior managing official*. Tale posizione è stata individuata nel Direttore generale, nella traduzione italiana del testo della Relazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio sull'applicazione della Direttiva³. I tre criteri indicati (da *i.* a *iii.*) non sono alternativi, ma devono essere verificati e applicati progressivamente: laddove nel caso di specie non sia configurabile il primo, si passa a verificare l'applicabilità del secondo e nell'impossibilità di individuare una persona fisica, Titolare effettivo, con questi due criteri, si applica la terza previsione, identificando il Direttore generale. Le specificazioni delle Raccomandazioni GAFI non sembrano attribuire al Direttore generale lo *status* di Titolare effettivo e non possono essere utilizzate per evitare l'individuazione del Titolare effettivo laddove sia presente.

Per evitare fraintendimenti la Federation of European Accountants, nel suo rapporto alla Commissione Europea⁴ ha suggerito di precisare la necessità e la separatezza dei due adempimenti: *i.*) verifica dell'esistenza o meno del Titolare effettivo e *ii.*) identificazione dei soggetti (*management or executive*) che agiscono per conto dell'entità.

Banca d'Italia nel proprio Provvedimento recante disposizioni attuative per l'adeguata verifica della clientela⁵ destinato agli intermediari finanzia-

³ Relazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio sull'applicazione della Direttiva 2005/60/CE relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo; COM-2012- 168 final; 11 aprile 2012.

⁴ Federation of European Accountants – Comments on the European Commission's report to the European Parliament and the Council on the application of Directive 2005/60/EC on the prevention of the use of the financial system for purpose of money laundering and terrorist financing; 19 giugno 2012.

⁵ Provvedimento del 3 aprile 2013 recante disposizioni attuative per l'adeguata verifica della clientela, ai sensi dell'art.7, comma 2, del Decreto Legislativo 21 novembre 2007, n.231.

ri, afferma che il Titolare effettivo “può rinvenirsi in uno o più amministratori della società, in considerazione dell’eventuale influenza da questi esercitata sulle decisioni riservate ai soci, ...”. Tale circostanza, assume “precipuo rilievo” quando non sia possibile individuare, con i criteri noti, una o più persone fisiche che esercitino il “controllo” sulla società in esame. L’utilizzo nel Provvedimento di Banca d’Italia dell’espressione “precipuo rilievo” (in luogo di “esclusivo rilievo”) sembra, introdurre la possibilità che possa configurarsi una “titolarità effettiva” anche in capo a taluni amministratori, pur in presenza di uno o più titolari effettivi così come previsti dalla normativa vigente.

La proposta di quarta direttiva, nei Considerando (10) e (11) ⁶, afferma che individuare una percentuale di possesso non necessariamente significa aver individuato il beneficiario effettivo, ma costituisce un fattore che deve essere tenuto in considerazione. L’identificazione e la verifica del beneficiario effettivo dovrebbe estendersi, quando rilevante, alle società che possiedono altre società e dovrebbe seguire la catena di proprietà fino alla persona fisica che esercita la proprietà o il controllo delle società. La definizione di titolare effettivo richiamata nell’art. 3 della proposta appare

⁶ Considerando (10): There is a need to identify any natural person who exercises ownership or control over a legal person. While finding a percentage shareholding will not automatically result in finding the beneficial owners, it is an evidential factor to be taken into account. Identification and verification of beneficial owners should, where relevant, extend to legal entities that own other legal entities, and should follow the chain of ownership until the natural person who exercises ownership or control of the legal person that is the customer is found.

Considerando (11): The need for accurate and up-to-date information on the beneficial owner is a key factor in tracing criminals who might otherwise hide their identity behind a corporate structure. Member States should therefore ensure that companies retain information on their beneficial ownership and make this information available to competent authorities and obliged entities. In addition, trustees should declare their status to obliged entities.

conforme a quella contenuta nell'art. 3 della Direttiva 2005/60/CE, mentre è del tutto nuovo il capitolo III "*Beneficial Ownership Information*", ove si prevede (art. 29) che gli Stati membri devono assicurare che le società con sede nel loro territorio, detengano adeguate, accurate ed aggiornate informazioni sul loro titolare effettivo e che queste informazioni siano accessibili facilmente alle autorità ed ai destinatari della normativa.

In questo modo le problematiche delle laboriose ricerche per l'individuazione del titolare effettivo verrebbero parzialmente superate, ma è importante che sia chiara la distinzione tra titolare effettivo ed amministratori della società.

I reati fiscali e la normativa antiriciclaggio

Le Raccomandazioni GAFI del febbraio 2012⁷ ricomprendono in modo esplicito i reati tributari – così come individuati dalla legislazione penale-tributaria di ciascun Paese – nella categoria dei reati presupposto.

La legislazione penale-tributaria italiana, a differenza di quella degli altri Paesi dell'Unione Europea, non si limita a punire i comportamenti artificiosi e fraudolenti ma, nel caso in cui siano integrate le previste soglie di punibilità, considera reati tributari anche comportamenti di per sé privi di qualunque carattere frodatario, quali sono quelli relativi alla dichiarazione infedele e agli omessi versamenti di ritenute e di Iva. Di conseguenza la traslazione pedissequa di tale raccomandazione nel nostro ordinamento acuirebbe una particolare problematica che di fatto è già esistente.

⁷ The FAFT Recommendations; February 2012, citata.

Esemplificando, allo stato attuale, in base alla vigente normativa, il mancato versamento da parte di un imprenditore dell'Iva per un ammontare superiore a 50mila euro è considerato reato; anche se l'Iva non versata è dovuta per fatture che non saranno mai incassate - emesse ad es. verso un cliente poi fallito per le quali solo a chiusura della procedura si potrà recuperare l'imposta - o è relativa a fatture insolute o pagate con notevole ritardo. Circostanze queste che purtroppo, per lo stato di crisi in cui versa il Paese, si verificano con sempre maggiore frequenza.

La scelta del legislatore nazionale è condivisibile nell'ottica del contrasto all'evasione fiscale, che deve essere svolto con mano forte e quindi anche con l'utilizzo della repressione penale, ma crea conseguenze devastanti nell'ambito della normativa antiriciclaggio. Infatti - diversamente da quanto accade negli altri paesi dell'Unione Europea, che si limitano a punire penalmente solo i comportamenti fraudolenti - espande il perimetro dei comportamenti presupposto di riciclaggio anche a reati fiscali che nulla hanno a che fare con le attività criminose, di occultamento o di dissimulazione previste dalla normativa antiriciclaggio.

La Relazione della Commissione Europea dell'aprile 2012 ha proposto di esaminare:

- se l'approccio attuale "tutti i reati gravi" sia sufficiente a comprendere i reati fiscali;
- se i reati fiscali debbano essere inseriti come categoria specifica di "reati gravi";
- se occorra una definizione più precisa dei reati fiscali.

La soluzione prescelta nella proposta di Direttiva è la seconda e cioè quella di inserire i reati fiscali come categoria specifica di reati gravi all'art. 3, n. 4, lettera f, con riferimento alla misura della pena (detenzione con un massimo superiore ad un anno o minimo superiore a 6 mesi).

Al fine di armonizzare a livello comunitario l'ambito delle "attività criminali" presupposto di riciclaggio è auspicabile che la Comunità Europea con l'introduzione della IV Direttiva fornisca una definizione dei reati fiscali comune a tutti i Paesi dell'UE, valevole ai soli fini della normativa antiriciclaggio, indipendente dalla normativa penale-tributaria di cui ogni singolo Paese è dotato ed indipendente dalla pena che ogni singolo Paese ha ritenuto di comminare. In buona sostanza sarebbe opportuno definire il reato fiscale quale presupposto del riciclaggio per la sua intrinseca natura e non in base alla pena connessa alla sua commissione.

Il sistema delle sanzioni

La vigente direttiva prevede al Considerando 41⁸ e all'articolo 39⁹ che le

⁸ Considerando (41): L'importanza di combattere il riciclaggio ed il finanziamento del terrorismo dovrebbe indurre gli Stati membri a prevedere nel diritto nazionale sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive in caso di violazione delle disposizioni nazionali adottate in attuazione della presente direttiva. È opportuno prevedere sanzioni per le persone fisiche e giuridiche. Dato che le persone giuridiche sono spesso coinvolte in operazioni complesse di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo, le sanzioni dovrebbero essere altresì calibrate in modo da tenere conto dell'attività svolta da persone giuridiche.

⁹ Articolo (39): 1. Gli Stati membri assicurano che le persone fisiche e giuridiche soggette alla presente direttiva possano essere chiamate a rispondere delle violazioni delle disposizioni nazionali adottate in attuazione della presente direttiva. Le sanzioni devono essere effettive, proporzionate e dissuasive.
2. Fatto salvo il diritto degli Stati membri di imporre sanzioni penali, gli Stati membri provvedono, conformemente al loro diritto nazionale, affinché possano essere adottate le opportune misure amministrative o possano essere inflitte sanzioni amministrative agli enti creditizi e finanziari che si rendono responsabili di una violazione delle disposizioni adottate in attuazione della presente direttiva. Gli Stati membri provvedono affinché dette misure e sanzioni siano effettive, proporzionate e dissuasive.

sanzioni siano effettive, proporzionate e dissuasive. Prevede altresì la possibilità per gli Stati membri di introdurre sanzioni penali.

La relazione della Commissione rinvia allo studio Deloitte dove è stato evidenziato che 20 paesi membri (tra i quali l'Italia) hanno stabilito anche sanzioni penali tra loro non facilmente comparabili e su questo aspetto suggerisce una maggiore omogeneità.

A livello nazionale la legge antiriciclaggio ha previsto un'articolazione delle sanzioni sia a livello penale che a livello amministrativo. In merito a detta articolazione la Commissione nazionale antiriciclaggio del CNDCEC ha stigmatizzato più volte la violazione da parte della norma nazionale dei principi comunitari di necessità e proporzionalità. Sono violati dalla legge antiriciclaggio quei principi stabiliti dalle raccomandazioni GAFI e dalla Direttiva, che richiamano:

- la necessità di osservare l'equilibrio a lungo termine dei costi e benefici per le persone soggette e il rispetto della necessaria flessibilità nell'applicazione delle misure di attuazione conformemente a un approccio basato sul rischio;
- la necessità di un approccio basato sul rischio quale essenziale fonda-

3. Per quanto riguarda le persone giuridiche, gli Stati membri assicurano che esse possano almeno essere chiamate a rispondere delle violazioni di cui al paragrafo 1, commesse a loro vantaggio da qualsiasi persona che agisca a titolo individuale o in quanto membro di un organo della persona giuridica e che detenga una posizione preminente in seno alla persona giuridica, basata:

- a) sul potere di rappresentanza della persona giuridica,
- b) sul potere di prendere decisioni per conto della persona giuridica, oppure
- c) sul potere di esercitare controlli all'interno della persona giuridica.

4. Oltre ai casi già previsti al paragrafo 3, gli Stati membri assicurano che la responsabilità delle persone giuridiche possa essere chiamata in causa qualora la mancata sorveglianza o il mancato controllo da parte di una persona tra quelle descritte al paragrafo 3 abbia reso possibile la commissione, a vantaggio di una persona giuridica, di una delle violazioni di cui al paragrafo 1 da parte di una persona sottoposta alla sua autorità.

mento di un efficiente allocazione delle risorse sulla base del concetto che gli sforzi debbano essere rivolti alle casistiche maggiormente significative.

In argomento il CNDCEC ha fatto osservare come la configurazione del sistema sanzionatorio delineato nella legge antiriciclaggio appaia nel suo complesso sproporzionata, considerato che alcune sanzioni penali introdotte dalla normativa colpiscono condotte di modesta potenzialità lesiva, laddove la violazione è spesso imputabile a disattenzione ovvero disfunzione della struttura organizzativa (si consideri che ciò appare tanto più vero per i professionisti dotati di strutture organizzative non paragonabili a quelle degli intermediari finanziari). Si condivide, in tal senso, la proposta¹⁰ del Gruppo di studio Autoriciclaggio, c.d. "Commissione Greco", che, evidenziando anch'essa le importanti criticità dell'apparato sanzionatorio delineato nella legge antiriciclaggio, ne suggerisce una rivisitazione tendente a: i) limitare la previsione di sanzioni penali a talune rilevanti violazioni degli obblighi di adeguata verifica e di registrazione in quanto connotate, sul piano oggettivo, dall'utilizzo di dati o documenti falsi o di altri mezzi fraudolenti; ii) prevedere sanzioni amministrative per le altre violazioni degli obblighi oggetto di depenalizzazione; iii) prevedere sanzioni di importo proporzionato e dissuasivo per le violazioni amministrative; iv) rivedere e snellire il procedimento sanzionatorio; v) stabilire che le omesse segnalazioni di operazioni sospette siano contestate alla persona

¹⁰ Ministero della Giustizia - Relazione conclusiva del Gruppo di studio Autoriciclaggio Pres. Francesco Greco, 23 aprile 2013.

giuridica, con diritto di regresso verso il responsabile effettivo, e che il massimo e il minimo edittale della sanzione siano determinati in misura fissa e non in relazione al valore delle operazioni non segnalate.

Parte seconda - Riflessioni di carattere specifico per i professionisti

L'ambito di operatività per i professionisti

La proposta di quarta direttiva contiene alcune conferme di particolare interesse per i professionisti, che il legislatore italiano dovrà debitamente tenere in considerazione nel recepimento della futura direttiva.

Innanzitutto, il principio di proporzionalità, richiamato al Considerando (18)¹¹ prevede che nell'applicazione della Direttiva è necessario tenere conto delle caratteristiche e specificità dei destinatari di piccole dimensioni e assicurare un'applicazione della normativa proporzionata alla loro struttura.

La necessità di un approccio mirato ai professionisti è confermato anche dall'osservazione di come i procedimenti dell'adeguata verifica, un'obbligazione di risultato, e in specie l'attenzione verso le PEP, un'obbligazione di mezzi, sottopongono i professionisti a procedimenti

¹¹ Considerando (18): When applying the provisions of this Directive, it is appropriate to take account of the characteristics and needs of small obliged entities which fall under its scope, and to ensure a treatment which is appropriate to the specific needs of small obliged entities, and the nature of the business.

costosi e *time consuming*, nell'assenza di guide operative ad hoc. Oltre a queste considerazioni evidenziate nello studio Deloitte, le stesse FIU, che osservano la realtà, hanno a livello comunitario osservato e riportato che l'approccio basato sul rischio sarebbe più efficiente ed efficace con un uso delle risorse dedicate proporzionato al rischio, pur mantenendo regole di base comuni a tutti i destinatari, non dimenticando quindi che l'approccio basato sul rischio è essenziale fondamento di un'efficiente allocazione delle risorse sulla base del concetto che gli sforzi debbano essere rivolti alle casistiche maggiormente significative.

Le precedenti asserzioni sono state riprese, sostenute e argomentate anche nella Relazione della Commissione ove era asserita la necessità di valutare le modifiche, anche alla luce delle più recenti norme internazionali, in vista della revisione della Direttiva.

E dunque va seguito il percorso di valutare i rischi di riciclaggio applicando le risorse ove sono necessarie, tenendo presente che la mancanza di indicazioni pratiche è stata nel passato un elemento di forte incertezza.

Pertanto l'ottica di miglioramento della norma comunitaria è quella di :

1. individuare e mitigare i rischi più seri;
2. consentire misure più semplici ove i rischi siano minori;

arrivando ad asserire che anche le autorità di vigilanza devono applicare l'approccio basato sul rischio come sopra definito nell'attività di controllo.

Non deve quindi essere sottovalutato il richiamo effettuato dalla Relazione della Commissione alle specificità delle professioni legali in genere, che meritano maggiore attenzione, nel senso di non essere appiattite sulle di-

sposizioni delle istituzioni finanziarie.

Nell'orientamento di fondo di un aumento della trasparenza e di informazioni pubbliche rese disponibili a tutti gli interessati, l'operare dei professionisti deve ricevere l'attenzione specifica che merita, discernendo le casistiche che lo riguardano.

L'applicazione della direttiva dovrà quindi necessariamente tenere presente sia i rischi che il livello di preparazione e di struttura delle persone coinvolte.

In questo senso i professionisti devono potere reagire alle previsioni normative in modo appropriato, effettivo ed efficace e non quale risultato di un approccio generalista (c.d. "*one size fits all*"), valido per tutti. La proposta di Direttiva conferma anche il principio di uniformità di trattamento per i servizi professionali, per effetto del quale, al Considerando (8), si prevede che servizi direttamente comparabili devono essere regolati allo stesso modo, quando erogati da qualsiasi professionista cui si riferisce la direttiva. Ciò significa che tutti i professionisti che forniscono servizi comparabili e/o simili devono essere trattati in modo eguale, senza considerare il *nomen juris* della singola professione.

In effetti, tutto il sistema delle direttive, nell'attribuzione degli obblighi anti-riciclaggio, dovendo riferirsi ad una pluralità di Stati, con differenziate figure professionali, non fa tanto riferimento al titolo o alla qualifica professionale, quanto all'attività e alle funzioni esercitate. In argomento, si pensi per esempio all'esercizio della consulenza tributaria, nella quale vi è un alto rischio che i servizi professionali siano usati a scopo di riciclaggio –

Considerando (7) – che nella previsione della direttiva costituisce attività soggetta alle regole della direttiva da chiunque sia svolta.

Infatti viene espressamente previsto al Considerando (7), come nella vigente direttiva al Considerando (19), che “i professionisti legali sono soggetti alle disposizioni della direttiva quando partecipano ad operazioni di natura finanziaria o societaria, inclusa la consulenza tributaria”.

La definizione di prestazione professionale

La definizione di operazione prevista all’art. 1 comma 2 lett. 1) del D.Lgs. n. 231/2007 coincide con lo spirito della direttiva e tuttavia a livello di normativa secondaria è stata interpretata in modo estremamente ampio, sì da far ricomprendere attività che si realizzano ex post rispetto a qualsiasi transazione finanziaria, come ad es. la tenuta della contabilità.

Di conseguenza i professionisti iscritti all’albo dei dottori commercialisti e degli esperti contabili sono destinatari degli obblighi antiriciclaggio ad ampio raggio; a differenza di quanto è previsto per i notai e gli avvocati, assoggettati agli obblighi solo in relazione al compimento di specifiche operazioni che riguardano il trasferimento di denaro. È, tuttavia, la stessa norma (art. 16 della legge antiriciclaggio) che provvede a circoscrivere gli obblighi antiriciclaggio alle sole prestazioni professionali che hanno ad oggetto determinate e ben definite tipologie di operazioni¹².

12 La definizione di operazioni è prevista all’art. 1 comma 2 lett. 1) del D.Lgs. n. 231/2007, secondo il quale si intende per operazione: la trasmissione o la movimentazione di mezzi di pagamento; per i soggetti di cui all'articolo 12 – tra i quali sono compresi i commercialisti – un'attività determinata o determinabile, finalizzata a un obiettivo di natura finanziaria o patrimoniale modificativo della situazione giuridica esistente, da realizzare tramite una prestazione professionale. L’art 16 del d.lgs. 231/2007 stabilisce inoltre che i professionisti osservano gli

Nonostante la chiara definizione dell'art. 1 e dell'art. 16, la successiva regolamentazione della materia, per opera della normativa secondaria, ha interpretato estensivamente la definizione di "operazione" fornita dalla norma (art. 1, comma 2 lett. l), arrivando a ricomprendervi anche attività che vanno ben oltre la transazione finanziaria e il cui monitoraggio appare del tutto inutile per le finalità che la direttiva si prefigge.

Si pensi, ad es., alla tenuta della contabilità o alle prestazioni di mera consulenza non relative a transazioni finanziarie e che non determinano alcuna modificazione della situazione giuridica del cliente. Se si considera la definizione di operazione che è fornita dal D.Lgs. all'art. 1 lettera l) e il contenuto dell'art. 16, si tratterebbe di prestazioni chiaramente escluse dagli obblighi antiriciclaggio, poiché non hanno ad oggetto mezzi di pagamento, non comportano trasmissione o movimentazione di mezzi di pagamento e non costituiscono un' "operazione" ai sensi della legge antiriciclaggio, in quanto non sono finalizzate ad obiettivi di natura finanziaria o patrimoniale. Tuttavia il Ministero dell'economia e finanze, nel rispondere al Consiglio Nazionale che sosteneva tale interpretazione, ha risposto ne-

obblighi di adeguata verifica della clientela – e quindi anche i conseguenti obblighi di registrazione e conservazione – nei seguenti casi: a) quando la prestazione professionale ha ad oggetto mezzi di pagamento, beni od utilità di valore pari o superiore a 15.000 euro; b) quando eseguono prestazioni professionali occasionali che comportino la trasmissione o la movimentazione di mezzi di pagamento di importo pari o superiore a 15.000 euro, indipendentemente dal fatto che siano effettuate con una operazione unica o con più operazioni che appaiono tra di loro collegate per realizzare un'operazione frazionata; c) tutte le volte che l'operazione sia di valore indeterminato o non determinabile. Ai fini dell'obbligo di adeguata verifica della clientela, la costituzione, gestione o amministrazione di società, enti, trust o soggetti giuridici analoghi integra in ogni caso un'operazione di valore non determinabile; d) quando vi è sospetto di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo, indipendentemente da qualsiasi deroga, esenzione o soglia applicabile; e) quando vi sono dubbi sulla veridicità o sull'adeguatezza dei dati precedentemente ottenuti ai fini dell'identificazione di un cliente.

gativamente ¹³, riconoscendole assoggettate agli obblighi antiriciclaggio proprio in ragione di un'interpretazione estensiva del concetto di "operazione" (come definita nell'art. 1, lett. l).

Sempre considerato il fine di prevenzione e di contrasto delle attività di riciclaggio, che la normativa si prefigge, non si ravvisa neanche l'utilità di monitorare una attività che si effettua *ex post* rispetto a qualsiasi transazione finanziaria, come ad es. la tenuta della contabilità. Le registrazioni contabili sono del tutto inutili ai fini di un'attività preventiva. Perché allora sottoporre agli obblighi antiriciclaggio la tenuta della contabilità, quando esistono già obblighi di conservazione delle registrazioni contabili ?

L'effetto che produce un'interpretazione estensiva, oltre lo spirito della Direttiva, del concetto di operazione, non contribuisce a rendere più efficace l'attività di prevenzione e contrasto del riciclaggio rischiando, al contrario, di comprometterla, complicandone l'adempimento da parte dei professionisti a scapito della più utile collaborazione che questi potrebbero svolgere nella lotta al riciclaggio.

L'esecuzione dell'adeguata verifica

Per evitare il ripetersi delle procedure di identificazione della clientela, l'art. 29 della legge antiriciclaggio - e la proposta di quarta direttiva, nella Sezione 4 del capitolo II, riprende tale possibilità - permette ai destinatari della normativa di fare affidamento, per l'assolvimento dell'obbligo,

¹³ Ministero dell'Economia e delle finanze prot. 65633 del 12 giugno 2008: Risposte ai quesiti inviati dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, il documento è disponibile sul sito www.cndcec.it.

all'adeguata verifica del medesimo cliente che sia già stata effettuata da parte di un terzo, anch'esso soggetto alla disciplina antiriciclaggio; fermo restando che la responsabilità finale dell'assolvimento di tale obbligo permane in capo al soggetto, anche quando abbia fatto ricorso a terzi.

A tal fine l'art. 30 della legge antiriciclaggio afferma che gli obblighi di adeguata verifica della clientela si considerano comunque assolti quando è fornita idonea attestazione da parte di uno dei soggetti elencati dalla norma, dal quale il cliente sia già stato identificato di persona in ragione dell'esistenza di un rapporto continuativo o di una prestazione professionale. Tra i soggetti indicati dalla norma che possono fornire tale attestazione sono ricomprese anche le banche.

La norma individua le caratteristiche che l'attestazione deve avere e stabilisce che le autorità di vigilanza di settore hanno il potere di prevedere ulteriori forme e modalità di attestazione. Questa particolare procedura di identificazione del cliente tramite terzi è indubbiamente una forma di collaborazione tra soggetti obbligati che dovrebbe funzionare anche tra professionisti e banche, come la norma prevede, facilitando in tal modo l'assolvimento degli obblighi di identificazione a cui il professionista è chiamato, in particolare quando il cliente non è fisicamente presente.

Tale facilitazione però, allo stato attuale, si realizza difficilmente, poiché le banche non rispondono favorevolmente ai professionisti che richiedono l'attestazione.

L'obbligo di registrazione

Per quanto attiene agli obblighi di registrazione la vigente direttiva (art. 30) – e la proposta di quarta direttiva all'art. 39 non se ne discosta – prevede la conservazione di documenti e informazioni così specificata:

1. per quanto riguarda gli obblighi di adeguata verifica della clientela, la copia o i riferimenti dei documenti richiesti, per un periodo di almeno cinque anni dalla fine del rapporto d'affari con il loro cliente;
2. per quanto riguarda i rapporti d'affari e le operazioni, le scritture e le registrazioni, consistenti nei documenti originali o nelle copie aventi analoga efficacia probatoria nei procedimenti giudiziari in base al diritto nazionale, per un periodo di almeno cinque anni dall'esecuzione delle operazioni o dalla cessazione del rapporto d'affari.

Si tratta pertanto unicamente di obblighi di conservazione documentali. Lo studio Deloitte ha enfatizzato come in soli tre paesi (tra cui l'Italia) siano state stabilite misure più incisive prevedendo oltre all'obbligo di conservazione anche la registrazione delle informazioni.

L'inasprimento degli obblighi di conservazione e di registrazione in Italia si sostanzia nelle seguenti sostanziali modifiche accrescitive rispetto alla previsione comunitaria:

1. l'innalzamento del termine temporale di conservazione, che da cinque è portato a dieci anni;
2. la previsione, per i soli intermediari finanziari, di mantenere tutte le transazioni superiori a Euro 15.000 in un database elettronico (il c.d. Archivio Unico Informatico – AUI);
3. la previsione, per i professionisti, di registrare, alternativamente in

supporto informatico ovvero in un registro cartaceo, tutte le prestazioni effettuate e tutte le transazioni finanziarie superiori a Euro 15.000.

Nello specifico la legge antiriciclaggio prevede all'articolo 36 la registrazione e la conservazione delle seguenti informazioni:

- a) con riferimento ai rapporti continuativi ed alla prestazione professionale: la data di instaurazione, i dati identificativi del cliente e del titolare effettivo, unitamente alle generalità dei delegati a operare per conto del titolare del rapporto e il codice del rapporto ove previsto;
- b) con riferimento a tutte le operazioni di importo pari o superiore a 15.000 euro, indipendentemente dal fatto che si tratti di un'operazione unica o di più operazioni che appaiono tra di loro collegate per realizzare un'operazione frazionata: la data, la causale, l'importo, la tipologia dell'operazione, i mezzi di pagamento e i dati identificativi del soggetto che effettua l'operazione e del soggetto per conto del quale eventualmente opera.

Per i professionisti, la registrazione delle informazioni si sostanzia in un adempimento oneroso in termini di risorse, spazio, tempo e di utilizzo di procedure da stabilire e mantenere nel tempo. La violazione dell'obbligo di registrazione è inoltre sanzionata molto severamente dalla legge antiriciclaggio: in caso di inosservanza, è infatti prevista una specifica sanzione penale ¹⁴, non soggetta a cumulo giuridico.

¹⁴ Articolo 55, comma 4: Chi, essendovi tenuto, omette di effettuare la registrazione di cui all'articolo 36, ovvero la effettua in modo tardivo o incompleto è punito con la multa da 2.600 a 13.000 euro.

Non si comprende la richiesta di tale adempimento di registrazione se non collegata all'adempimento dell'inoltro di una segnalazione di operazione sospetta - SOS: in tale caso, peraltro, il professionista ricostruirà i termini dell'operazione segnalata sulla base delle informazioni possedute, a nulla facilitando i dati già registrati.

A ben vedere, la disposizione prevista per i professionisti discende dall'obbligo della tenuta dell'AUI per le istituzioni finanziarie, obbligo previsto per tali soggetti già con l'emanazione della prima direttiva antiriciclaggio del 1991 e commisurato alla loro struttura e al loro grado di operatività.

In ogni caso non si comprende il motivo per il quale il professionista debba registrare, in modo ulteriore:

1. informazioni che rilevano ai fini dell'adeguata verifica (data di instaurazione, dati identificativi del cliente e del titolare effettivo, unitamente alle generalità dei delegati a operare per conto del titolare del rapporto e il codice del rapporto ove previsto);
2. informazioni su prestazioni e operazioni che danno luogo a transazioni finanziarie che sono già oggetto di *report* da parte delle istituzioni finanziarie (data, causale, importo, tipologia dell'operazione, mezzi di pagamento e dati identificativi del soggetto che effettua l'operazione e del soggetto per conto del quale eventualmente opera)¹⁵.

In proposito lo studio Deloitte ha sottolineato l'importanza della creazione

¹⁵ Si pensi anche al già approvato ed emanando Decreto che integra il Dlgs 141/2010 relativamente al credito al consumo, e prevede l'obbligo da parte delle istituzioni finanziarie di rimettere all'esecutore i bonifici bancari mancanti delle informazioni necessarie per l'ottemperanza degli obblighi di adeguata verifica della clientela.

di regole specifiche per i professionisti, chiedendosi se sia necessaria una duplicazione di obblighi, ove i professionisti siano coinvolti in transazioni ove sono presenti anche istituzioni finanziarie.

L'art. 40 della proposta di direttiva si limita a richiedere che i destinatari della normativa abbiano posto in atto un sistema che permette loro di rispondere in modo completo e rapido alle richieste delle autorità sui rapporti intrattenuti nei precedenti cinque anni. Ciò è facilmente ottenibile con una adeguata archiviazione della documentazione cartacea o informatica senza necessità di una registrazione cronologica.

L'attività di mediazione

La legge antiriciclaggio individua tra i destinatari degli obblighi antiriciclaggio figure professionali tipiche e soggetti che esercitano una determinata attività. Alcune figure e attività sono disciplinate da specifiche norme istitutive, di regolamento e vigilanza (commercialisti, notai, avvocati, commercio di oro, mediatori creditizi, ecc.), altre non hanno una normativa di riferimento (prestatori di servizi relativi a società e trust, attività in materia di contabilità e tributi).

Il D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28, ha inserito nell'articolo 10 della legge antiriciclaggio l'attività di "mediazione ai sensi dell'articolo 60 della Legge 18 giugno 2009, n. 69". Tale attività rientra quindi tra quelle sottoposte alla normativa antiriciclaggio, ad eccezione degli obblighi di identificazione e registrazione (indicati nel Titolo II, Capi I e II della legge antiriciclaggio).

L'articolo 41 della legge antiriciclaggio ribadisce, anche per i soggetti che

svolgono l'attività di mediazione volta alla conciliazione delle controversie commerciali, l'obbligo di segnalazione delle operazioni sospette di riciclaggio e finanziamento del terrorismo, senza specificare se l'onere della segnalazione sia a carico del mediatore o dell'organismo di conciliazione presso il quale può svolgersi il procedimento di mediazione o a entrambi. Ragioni di ordine sistematico farebbero propendere per un autonomo obbligo di segnalazione in capo ad entrambi i soggetti indicati.

L'obbligo di segnalazione delle operazioni sospette nell'ambito dell'attività di mediazione potrebbe limitare la platea dei soggetti interessati ad accedere all'istituto di composizione delle liti.

Con riferimento ai dottori e ragionieri commercialisti, si rileva che l'inserimento dell'attività di mediazione nell'articolo 10 (Destinatari) e non nell'art. 12 (Professionisti) della legge antiriciclaggio rende inapplicabile l'esimente dalla SOS prevista per i professionisti che ricevono informazioni da un cliente nell'ambito di un procedimento giudiziario, compresa la consulenza sull'eventualità di intentare o evitare un procedimento (comma 2, dell'articolo 12, della legge antiriciclaggio).

Tale esimente era stata confermata con risposta scritta del Ministero dell'Economia e delle Finanze ¹⁶ anche nell'ipotesi di giudizi arbitrali o di risoluzione delle controversie innanzi ad organismi di conciliazione, così come previsto dal comma 2, dell'articolo 10, del Decreto 3 febbraio 2006, n.141. Tale Decreto, emanato in applicazione della normativa antiriciclag-

¹⁶ Ministero dell'Economia e delle Finanze, Risposte ai quesiti inviati dal CNDCEC, nota prot.65633 del 12 giugno 2008.

gio previgente alla attuale legge antiriciclaggio, rimane applicabile quale fonte normativa secondaria rivolta ai professionisti fino all'emanazione di un nuovo provvedimento attuativo, laddove non sia incompatibile con le norme attualmente in vigore.

La perdita dell'esimente dalla SOS per i commercialisti che svolgono l'attività di mediazione ex lege n. 69/2009 appare ancor più incongruente se si considera l'assenza degli obblighi di segnalazione delle operazioni sospette in capo ad avvocati deputati a gestire la fase giudiziale, alla quale si accede in caso di esito negativo della mediazione ¹⁷.

Per completezza si segnala che valorizzando un chiarimento dell'Ufficio Italiano dei Cambi ¹⁸, si sarebbe potuti arrivare a non inserire tale attività tra quelle soggette alla normativa antiriciclaggio, in quanto il professionista agirebbe nella mediazione in qualità di "organo ausiliario del Giudice" addirittura sostituendolo in questa attività. Con riferimento, poi, all'attività svolta dal mediatore e agli effetti della stessa, mal si adattano, infine, la nozione di cliente e quella di prestazione professionale.

Le segnalazioni di operazioni sospette: modalità di invio

La trasmissione della segnalazione di operazione sospetta costituisce il momento conclusivo dell'adesione dei professionisti agli obblighi antiriciclaggio. È un momento molto delicato, in quanto rappresenta la sintesi

¹⁷ Mediazione ai sensi del D.Lgs. 4 marzo 2010, n.28 ed obblighi antiriciclaggio; "Antiriciclaggio e 231 del 2001", n.1/2012.

¹⁸ Ufficio Italiano dei Cambi, chiarimento n.15 del 21 giugno 2006.

delle complesse valutazioni che il professionista deve effettuare, mantenendo il diritto alla massima protezione in termini di riservatezza e anonimato.

Una grande attenzione a riservatezza e anonimato nel corso dell'invio delle segnalazioni è dedicata dalle Raccomandazioni GAFI. Nella raccomandazione 23 e nella nota interpretativa alla stessa è anche spiegato il limite per effetto del quale la trasmissione delle SOS da parte dei professionisti non è obbligatoria se e quando le rilevanti informazioni siano recepite in circostanze ove essi sono soggetti al segreto professionale.

La vigente terza direttiva, (considerando 32 e art. 27) dimostra di avere ben presente la questione dell'anonimato, per la tutela stessa del segnalante.

Tra l'altro, come evidenziato nello studio Deloitte, ben 21 paesi su 27 hanno adottato stringenti misure di tutela della riservatezza e dell'anonimato del segnalante, la cui identità non è possibile conoscere neppure nei casi di procedimenti giudiziari. Esaminando su base statistica i dati numerici delle segnalazioni effettuate dai professionisti rispetto al totale, come riportati nello studio, si può vedere che i Paesi che garantiscono l'anonimato occupano i primi sei posti in termini di maggiore determinazione a segnalare da parte dei professionisti.

Sulla questione dell'inoltro delle segnalazioni tramite l'organismo di autoregolamentazione la vigente direttiva prevede all'art. 23¹⁹ che l'organismo

¹⁹ Estratto dell'Articolo 23: 1. In deroga all'articolo 22, paragrafo 1, nel caso delle persone di cui all'articolo 2, paragrafo 1, punto 3), lettere a) e b), gli Stati membri possono designare un idoneo organismo di autoregolamentazione della professione in questione come autorità cui trasmettere le informazioni in prima battuta in luogo dell'UIF. Fatto salvo il paragrafo 2, l'organi-

di autoregolamentazione designato trasmetta le informazioni “tempestivamente e senza alcun filtro”.

La previsione è ben comprensibile se si pensa che le informazioni trasmesse rappresentano la sintesi del patrimonio conoscitivo del segnalante, sono coperte dal segreto professionale e dunque non devono essere accessibili né divulgate a terzi, se non al destinatario finale (UIF).

La Relazione della Commissione ha analizzato la questione e, dedicando molta importanza all’argomento, ha suggerito come sia opportuno chiarire che nei casi in cui gli Stati membri concludano che la trasmissione delle segnalazioni di operazioni sospette è filtrata, dovrebbero riflettere sull’opportunità di imporre che la segnalazione sia fatta direttamente all’UIF.

La proposta di Direttiva ribadisce (art. 23) che quando lo Stato Membro prevede che la segnalazione di operazione sospetta da parte dei professionisti avvenga tramite un organismo di autoregolamentazione, questo deve trasmetterle alla FIU prontamente e senza filtro.

Parte terza - Azioni da promuovere

Le criticità esposte nei paragrafi che precedono evidenziano come la normativa vigente in tema di prevenzione al riciclaggio (D.Lgs. n. 231/2007)

smo di autoregolamentazione designato trasmette in questi casi le informazioni all'UIF, tempestivamente e senza alcun filtro.

necessiti di una urgente e profonda rivisitazione.

L'imminente adozione della IV direttiva antiriciclaggio rappresenta una imperdibile opportunità per porre rimedio alle varie incongruenze derivanti da un non corretto recepimento della *Direttiva 2005/60/CE* e delle *raccomandazioni GAFI*.

Si tratta di incongruenze che provocano inique discrasie nell'applicazione della norma rispetto a quanto previsto per i professionisti di altri Paesi dell'UE. La disciplina interna di adeguamento alla Direttiva, pur oggetto di continue modifiche, risulta in parte ancora non emanata mentre quella emanata appare incongruente, talvolta *ultra legem*, rispetto alla normativa primaria di riferimento.

Le principali criticità, analizzate dal punto di vista dei professionisti, possono così sintetizzarsi:

- 1) **Carente armonizzazione della normativa interna** con quella degli altri paesi coinvolti nella lotta al riciclaggio. Risulta necessario ed indispensabile che i paesi aderiscano in modo uniforme a regole comuni emanate da organismi sovranazionali; ne è esempio la previsione tutta italiana di comportamenti privi di frode che comunque integrano reati sanzionati penalmente, come tali considerati reato presupposto al reato di riciclaggio.
- 2) **Carenza di regole uniformi, chiare, semplici e di facile applicazione** affinché gli adempimenti previsti risultino semplici, chiari, uniformi nei vari paesi, compatibili ed adeguati alle dimensioni degli studi professionali, al fine di contenere oneri e responsabilità, evitando ogni

inutile ripetizione di adempimenti formali privi di concreta utilità. In dettaglio è necessario che gli adempimenti a carico dei professionisti:

- a. siano circoscritti all'ambito di operatività dell'azione preventiva antiriciclaggio dove risultino effettivamente utili ed efficaci nel rispetto di un approccio basato sul rischio;
- b. risultino strettamente dipendenti ed esclusivamente collegati alla specifica attività professionale svolta, senza alcuna distinzione meramente legata al *nomen juris* della singola categoria professione di appartenenza;
- c. siano in grado di garantire l'anonimato e dunque la serenità di giudizio che lo svolgimento dell'attività professionale richiede;
- d. siano privi di adempimenti ed appesantimenti burocratici non previsti dalla normativa internazionale (es. registrazione);
- e. consentano di evitare la duplicazione di adempimenti formali già svolti da altri soggetti, raccomandando e favorendo la collaborazione e lo scambio di informazioni fra i soggetti coinvolti nella lotta al riciclaggio.

3) **Rivedere l'applicazione ed il ruolo delle sanzioni penali** nell'ambito del recepimento a livello nazionale della disciplina antiriciclaggio attraverso:

- a. armonizzazione dei reati presupposti nei vari paesi coinvolti nel contrasto al riciclaggio ed al terrorismo internazionale;
- b. armonizzazione delle sanzioni previste in caso di violazione, con eliminazione della previsione di sanzioni penali, specie laddove le

gate ad adempimenti di natura meramente formale, privi di reale utilità ed efficacia.

È auspicabile che il Parlamento Europeo ed il Consiglio dei Ministri, chiamati ad adottare la proposta di IV Direttiva elaborata dalla Commissione Europea, contribuisca ad eliminare le ricordate criticità riconducibili al dettato normativo comunitario. Al contempo, a livello nazionale, è auspicabile che il legislatore recepisca i contenuti della Direttiva, rispettando i principi, tanto a livello di normativa primaria che di secondaria ed evitando di pregiudicarne l'efficacia con la conferma di inutili formalismi, di trattamenti non omogenei ed iniqui e di duplicazioni di adempimenti non richiesti dalla norma internazionale di riferimento.

Si rende dunque necessaria ed urgente una intensa attività politica da parte della nostra categoria ed in particolare dei massimi vertici del Consiglio Nazionale. Di seguito si elencano le azioni di intervento volutamente distinte in funzione del soggetto destinatario dell'azione politica di categoria:

1. Azioni dirette nei confronti del legislatore internazionale:
 - I. Coordinare interventi nei confronti del legislatore internazionale, unitamente ad altre istituzioni comunitarie e nazionali, con particolare riferimento alla *Federation of European Accountants*, finalizzati ad ottenere:
 - a. una **chiara definizione** del concetto di **titolare effettivo** e della sua identificazione; la proposta della Commissione Europea, pur introducendo nuovi obblighi a carico delle società tenute a con-

servare informazioni aggiornate e dettagliate sul loro titolare effettivo, non chiarisce adeguatamente se e quando l'identificazione dei soggetti che agiscono per conto della società possano sostituire il titolare effettivo non identificabile;

- b. una **chiara definizione di reato fiscale** ai fini della normativa di prevenzione; la proposta della Commissione Europea non soddisfa e non convince laddove non individua il reato presupposto sulla base della sua intrinseca natura ma semplicisticamente in funzione della pena connessa alla sua commissione;
- c. una **precisa definizione degli obblighi dei professionisti**; la proposta di Direttiva contiene alcune conferme di particolare interesse. In particolare vengono confermati:
 - 1. il principio di *proporzionalità* al fine di assicurare che gli adempimenti richiesti siano proporzionati e compatibili con la dimensione delle strutture delle categorie dei soggetti obbligati;
 - 2. il principio di *uniformità di trattamento* per le medesime prestazioni professionali, indipendentemente dal *nomen iuris* della singola professione;
 - 3. L'obbligo di *conservazione* dei documenti per un periodo *5 anni*;
 - 4. L'*assenza* di ridondanti *obblighi di "registrazione"* delle informazioni acquisite, limitandosi ad obblighi di *"conservazione"* e di *"comunicazione"*;
 - 5. Il principio che le informazioni debbano essere trasmesse

all'UIF prontamente e “*senza filtro*” anche distinguendo tra le varie professionalità coinvolte.

L'azione deve pertanto perseguire nello specifico che venga affidato ai singoli Paesi il compito di adattare gli obblighi dei professionisti alle caratteristiche specifiche nazionali, raccomandando il rispetto dei principi sopra richiamati ed il mantenimento di un approccio basato sul rischio;

2. Azioni nei confronti delle autorità governative nazionali:

I. Richiedere al Ministero competente e alle Autorità preposte:

a. la individuazione di un canale di comunicazione privilegiato e l'istituzione di un tavolo di consultazione per avviare:

- i. una **riforma del sistema sanzionatorio della normativa anti-riciclaggio** che tenga presente quanto raccomandato dagli standard GAFI, previsto a livello comunitario e consigliato da UIF, e della proposta della Commissione Greco;
- ii. una **riforma degli obblighi di registrazione per i professionisti**, rendendoli uniformi ai dettati della Direttiva ed eliminando in specie gli obblighi di registrazione;

b. la proposizione di un intervento normativo, finalizzato a **circoscrivere l'ambito di applicazione degli obblighi antiriciclaggio da parte dei commercialisti alle sole prestazioni professionali che hanno per oggetto operazioni che possono essere utilizzate ai fini del compimento dell'attività di riciclaggio**, individuando in positivo le attività in relazione alle quali i commercialisti sono

assoggettati agli obblighi antiriciclaggio, così come già previsto per i notai e gli avvocati.

c. la proposizione di un intervento normativo finalizzato ad **espungere l'attività di mediazione da quelle sottoposte agli obblighi antiriciclaggio**; in subordine:

- i. prevedere l'esimente per la segnalazione di operazioni sospette;
- ii. stabilire chi tra il mediatore e l'organismo di conciliazione presso il quale può avvenire la mediazione, sia destinatario degli obblighi di segnalazione dell'operazione sospetta.

3. Azioni dirette verso altri Enti e Istituzioni:

I. Azioni nei confronti di Banca d'Italia:

- a. ridefinire la portata e gli effetti delle previsioni inserite nel Provvedimento in materia di adeguata verifica della clientela, **in ordine alla definizione di Titolare effettivo**, coordinandosi con le Associazioni degli intermediari finanziari cui è rivolto il Provvedimento medesimo, al fine di renderla più fedelmente rispondente alla definizione fornita dalla norma internazionale;
- b. chiedere ed ottenere che Banca d'Italia – anche in virtù dello specifico potere di regolamentazione in merito che lo stesso decreto le assegna – affermi con chiarezza che **le banche devono fornire l'attestazione ex art. 30 del D.Lgs n. 231/2007**, ogniqualvolta un altro destinatario della normativa antiriciclaggio la richieda per assolvere ai propri obblighi di identificazione.

II. Azioni nei confronti dell'ABI:

- a. definire **un protocollo di intesa tra ABI e CNDCEC** nell'ambito del contrasto al riciclaggio al fine di poter **condividere procedure ed informazioni** tra gli appartenenti ai due enti per agevolare la identificazione della clientela evitando inutili duplicazioni.