
Estratto del libro

**Contravvenzioni e delitti fiscali
nell'era dello scambio
internazionale d'informazioni**

Scritti in onore di **Marco Bernasconi**
a cura di **Samuele Vorpe**

Manno, 2015

20

Paolo Bernasconi

Avvocato presso lo Studio legale

Bernasconi Martinelli Alippi & Partners, Lugano

Dr. h. c.

Prof. emerito all'Università di San Gallo

20

Diligenza delle banche svizzere in materia fiscale

1	Introduzione	480
2	Fonti di rischi legali e reputazionali	480
2.1	Procedimenti di autorità svizzere e straniere come materializzazione del rischio	480
2.2	Procedimenti di carattere sanzionatorio	483
2.2.1	Procedimenti di autorità svizzere	483
2.2.2	Procedimenti di autorità straniere	486
2.3	Procedimenti di carattere prudenziale	488
2.4	Rischi reputazionali	492
2.5	Rischi legali e reputazionali connessi alla cooperazione internazionale in materia penale e in materia fiscale	493
3	Fonti, principi e contenuto delle norme di diligenza bancaria in materia fiscale	497
3.1	Applicabilità delle norme di diligenza antiriciclaggio	497
3.2	Applicabilità del diritto estero	498
3.3	Applicabilità nello spazio	499
3.4	Applicabilità temporale	500
3.5	Portata riguardo ai contribuenti fiscali svizzeri	500
3.6	Relazioni d'affari preesistenti (" <i>Legacy</i> ", " <i>Altlasten</i> ")	501
3.7	Presa in considerazione di accordi internazionali fra la Svizzera e altri Paesi	503
3.8	Misure organizzative raccomandate dalla FINMA	503
3.9	Misure organizzative e responsabilità penale dell'impresa	507
4	Regole antiriciclaggio di diligenza bancaria in materia fiscale	509
4.1	Nuovi obblighi di identificazione	509
4.2	Indizi di non conformità fiscale	510
4.3	Allestimento del profilo del cliente	515
4.4	Divieto di accettazione di valori patrimoniali fiscalmente non conformi	516
4.5	Obbligo e diritto di comunicazione	518
4.6	Obbligo di interrompere la relazione d'affari	519
4.7	Adeguamento del <i>compliance office</i>	519
4.8	Adeguamento del sistema di gestione del rischio legale e reputazionale	520
4.9	Obbligo di segregazione secondo le categorie di rischio	521
5	Prospettive	521
6	Bibliografia	523

1 Introduzione

"Non sono io il Bernasconi fiscalista, ma mio fratello Marco". Anche stavolta, unitamente al piacere per partecipare a questo sodalizio in onore dell'attività scientifica di mio fratello, tenace perché appassionata, ripeto la mia frase canonica allorquando vengo interpellato per consulenze e pubblicazioni in materia fiscale. Infatti, nel diritto fiscale, non ci sono entrato dalla porta principale bensì da una feritoia, quella della cooperazione internazionale, che ho sempre studiato e praticato, dapprima in materia penale, poi in materia penale-fiscale e, quindi, in materia fiscale. Ora la feritoia si è trasformata in una breccia sfondata da un ariete che coltivo da oltre trent'anni: il riciclaggio connesso alle infrazioni fiscali. Nulla di casuale: da decenni, non solo nel diritto penale, ma anche nel diritto amministrativo, dapprima lentamente, quindi sempre più velocemente, gli sviluppi si influenzano, si accavallano e convergono, in modo quasi precipitoso, specialmente negli ultimi anni. Anche qui gli scritti spesso sono superati dai fatti: questo articolo era stato concordato insieme a Samuele Vorpe all'inizio del 2014 e fu ultimamente aggiornato, finché poi raggiunse l'acme della sua attualità a seguito dell'approvazione a Berna, il 12 dicembre 2014, della revisione delle norme riguardanti la punibilità del riciclaggio di infrazioni gravi connesse alla fiscalità diretta e indiretta e, il 15 dicembre 2014, a Roma, della nuova versione dell'art. 648-ter comma 1 CP-ITA¹ sulla punibilità dell'autoriciclaggio. Quell'angusta finestra, per accedere all'austero Palazzo della scienza tributaria, si è ormai trasformata in una breccia.

2 Fonti di rischi legali e reputazionali

2.1 Procedimenti di autorità svizzere e straniere come materializzazione del rischio

1. Per le necessità della descrizione degli obblighi di diligenza, prioritariamente da parte delle banche e accessoriamente da parte degli altri intermediari finanziari sottoposti alla vigilanza svizzera, si considera come rischio legale per una singola impresa, come pure per i suoi dirigenti, dipendenti e azionisti di controllo, quello di diventare oggetto di procedure avviate da parte di autorità, svizzere o straniere, oppure anche di entità private a cui vengono delegati i compiti di vigilanza. Ci si focalizza però non solamente sull'esito dei procedimenti, ossia le sanzioni al termine dei procedimenti penali e fiscali, oppure le misure di ripristino della situazione legittima a conclusione di procedimenti amministrativi, bensì piuttosto sui procedimenti che precedono la conclusione degli stessi. Infatti, questi procedimenti, possono durare anche a lungo, comportando conseguenze patrimoniali pregiudizievoli dirette e indirette. Spesso vi sono connessi anche danni reputazionali che diminuiscono il credito di cui necessariamente devono godere gli intermediari finanziari sul mercato, presso i loro clienti, azionisti, sponsor e autorità.

2. Tra le fonti principali di rischi legali e reputazionali ci si concentra sulle procedure a carattere sanzionatorio e sulle procedure a carattere disciplinare o prudenziale. Appartengono

¹ Codice penale italiano.

alle procedure a carattere sanzionatorio quelle relative alle infrazioni di carattere penale e di carattere fiscale, in territorio svizzero e/o in territorio estero. Le procedure a carattere prudenziale sono principalmente quelle di competenza delle autorità di vigilanza sul mercato bancario finanziario. Qui si possono però aggiungere anche quelle di competenza delle autorità di vigilanza sulla concorrenza, sui cartelli, sugli embarghi e per altre sanzioni statali di natura analoga², nonché di entità private incaricate di funzioni di vigilanza³. Proprio perché si considera già soltanto l'avvio e la pendenza di una procedura come tale alla stregua di una fonte di rischi legali e reputazionali, la terza fonte di rischi è rappresentata dalle procedure aperte in Svizzera in esecuzione di domande estere fondate sul diritto che disciplina la cooperazione internazionale in materia penale e in materia fiscale. Seguono, infine, le fonti dei rischi cd. "reputazionali", prime fra tutti i media⁴.

3. La suddivisione suddetta è forzatamente schematica e risponde più che altro ad una necessità sistematica che non corrisponde sempre alle situazioni tratte dall'esperienza giudiziaria e amministrativa, laddove in realtà si riscontrano gli effetti di fonti di rischio concorrenti, spesso non coincidenti, comunque indipendenti tra di loro, ma che talvolta convergono verso uno stesso risultato, ossia la materializzazione del rischio legale e reputazionale.

4. La descrizione degli obblighi di diligenza sembra corrispondere, per molti versi, a quella che era stata varata da parte del Consiglio federale sotto il nome di "*Weissgeldstrategie*", ossia di "strategia del denaro fiscalmente dichiarato". In realtà, questo avamprogetto venne congelato a causa della generale opposizione manifestata durante la procedura di consultazione. Tra i principali fattori concorrenti figurano, da un lato, gli obblighi di gestione del rischio legale e reputazionale promossi da parte dell'Autorità federale di vigilanza sui mercati finanziari (FINMA) e, dall'altro lato, le nuove norme per la punibilità del riciclaggio di infrazioni fiscali gravi approvate dalle Camere federali il 12 dicembre 2014⁵. Di conseguenza, gli intermediari finanziari in territorio svizzero e, per di più, le banche stesse, hanno attuato e stanno attuando, *de facto*, proprio quella stessa "*Weissgeldstrategie*" che la maggioranza dei partiti politici riteneva di poter congelare.

² Ci si riferisce, fra l'altro, alla Segreteria di Stato dell'economia (SECO), che è competente per le procedure previste dalla legge federale sugli embarghi.

³ In specie gli Organismi anticiclaggio di Autodisciplina (OAD) istituiti in base all'art. 24 LRD (Legge federale relativa alla lotta contro il riciclaggio di denaro e il finanziamento del terrorismo nel settore finanziario [Legge sul riciclaggio di denaro, LRD], del 10 ottobre 1997, RS 955.0).

⁴ Un esempio recente e lampante: in data 6 novembre 2014 i media appartenenti al cd. International Consortium of Investigative Journalists, (ri)pubblicarono i dati della lista Falciani. Ebbene, poco tempo dopo, in data 18 febbraio 2015, il Procuratore Generale del Cantone Ginevra procede alla perquisizione presso la sede di Ginevra della Banca HSBC, mentre il Giudice Istruttore di Bruxelles comunica ufficialmente di avere trasmesso alle autorità federali svizzere una rogatoria riguardante i contribuenti belgi figuranti sulla lista sottratta alla HSBC da Hervé Falciani, preannunciando che, in caso di mancata soddisfazione della rogatoria, avrebbe emanato un ordine di arresto internazionale, non soltanto contro gli amministratori dell'epoca di HSBC, bensì anche contro quelli attuali.

⁵ Cfr. la Legge federale concernente l'attuazione delle Raccomandazioni del Gruppo d'azione finanziaria rivedute nel 2012, del 12 dicembre 2014, in: FF 2014 8377 (in vigore in parte dal 1° luglio 2015 e in parte dal 1° gennaio 2016).

5. Negli ultimi anni, principalmente le banche e conseguentemente anche altri intermediari finanziari in territorio svizzero si sono trovate a dover gestire, sull'onda, ormai inarrestabile, dell'armonizzazione planetaria delle norme contro l'evasione fiscale, revisioni legislative a livello di Paesi esteri, nonché iniziative sistematiche da parte di autorità giudiziarie, amministrative e fiscali di singoli Paesi, USA in testa⁶. Si sono poi accodate storiche novità legislative a livello svizzero, al punto da indurre l'autorità regolatrice di vigilanza svizzera, ossia la FINMA, a passare dall'indulgenza all'attivismo. La minaccia delle liste nere⁷ collaudata in occasione del vertice del G-20 del 2 aprile 2009 a Londra, con il supporto tecnico dell'OCSE e del *Global Forum*, continua ad esplicare efficacemente tutti i suoi effetti, specie riguardo alle azioni al portatore⁸.

6. Un manipolo di clienti, confrontati con l'effetto dirompente degli ingredienti di questa miscela esplosiva, hanno resistito, rivolgendosi ai Tribunali civili, specialmente a Ginevra e a Lugano, davanti ai quali hanno chiesto il rispetto delle loro istruzioni in applicazione del contratto di mandato. Anche le banche hanno resistito, facendo valere essenzialmente l'impossibilità ad eseguire i propri obblighi contrattuali in applicazione dell'art. 119 CO⁹. Malgrado la soccombenza di alcune banche in determinate cause civili, la grande maggioranza ha preferito difendere ad oltranza le proprie direttive interne, ritenendo che fosse preferibile allinearsi ai principi della FINMA, piuttosto che su sentenze sporadiche, variabili a seconda dei casi concreti e non ancora consolidate sul piano giurisprudenziale. Questo atteggiamento generale parte dal presupposto che le autorità giudiziarie ed amministrative di altri Paesi potrebbero anche non tenere in nessuna considerazione la giurisprudenza di alcuni tribunali civili svizzeri, e quindi applicare sanzioni e avviare procedimenti indipendentemente dal contenuto della stessa. Per questa ragione, l'analisi degli obblighi di diligenza delle banche svizzere in materia fiscale, deve ispirarsi, piuttosto che su questa giurisprudenza civile ancora giovane, sul principio dell'applicazione delle norme antiriciclaggio fondata sull'analisi del rischio.

6 *Riguardo alla fiscalità sia svizzera che straniera, la Convenzione di diligenza sulle banche (CDB) che venne messa in vigore dal 1° luglio 1977 come tentativo del mondo bancario svizzero di parare le conseguenze dovute alla scoperta di reati che condussero alla condanna di tre dirigenti del Credito Svizzero di Chiasso nel 1979, contiene l'art. 8, con la nota marginale "Evasione fiscale e pratiche analoghe". Questa norma compare sotto il titolo, alquanto promettente "Divieto di prestare assistenza attiva all'evasione fiscale e a pratiche analoghe". In realtà, viene dichiarato incompatibile con la CDB esclusivamente l'allestimento e l'utilizzazione di "attestazioni incomplete o che in altro modo possono indurre in errore le autorità fiscali svizzere o straniere". Questa norma ha trovato raramente applicazione salvo negli ultimi anni, sotto l'influsso della nuova atmosfera di repressione fiscale internazionale. Infatti, la Commissione di vigilanza sulla CDB ha applicato la sanzione pecuniaria convenzionale a carico di una banca nell'ambito della quale un membro del consiglio di amministrazione aveva prelevato dal suo conto fr. 40'000 prima della fine dell'anno, depositandoli nel tesoro della banca e trasferendoli poi nuovamente a favore del proprio conto (Praxis der Aufsichtskommission zur Sorgfaltspflicht der Banken 2005-2010, p. 46 ss., Fall Nr. 297/6, in: http://www.swissbanking.org/20110110-3610-all-taetikeitsbericht_2005_2010_d-cwe.pdf [pagina consultata il 27 aprile 2015]). Si veda la ricostruzione sommaria di questi sviluppi storici effettuata da NOBEL P., p. 21 ss.*

7 *Lista delle giurisdizioni ad alto rischio cui si aggiunge la cd. "lista grigia", ossia quella delle giurisdizioni non cooperative e la cd. "lista grigio chiaro", ossia quella delle giurisdizioni cooperative, ma che presentano tuttavia ancora lacune strategiche.*

8 *BOLLAG J., p. 275 ss.; TAUBE T., Schwarze Liste, p. 210 ss.*

9 *Legge federale di complemento del Codice civile svizzero (Libro quinto: Diritto delle obbligazioni), del 30 marzo 1911, RS 220.*

7. Ovviamente, il libro mastro della diligenza antiriciclaggio rimane l'ORD-FINMA¹⁰, che è stata sottoposta ad una revisione totale proprio a seguito delle norme approvate dal Parlamento svizzero il 12 dicembre 2014. Vi faranno seguito anche le norme rivedute della CDB, la cui validità, il 1° luglio 2013, venne riconfermata per ulteriori cinque anni.

2.2 Procedimenti di carattere sanzionatorio

2.2.1 Procedimenti di autorità svizzere

A) I procedimenti sanzionatori di carattere fiscale

8. A livello di imposte dirette, la legislazione fiscale, sia federale che cantonale, prevede diverse penalità tendenti a sanzionare la violazione degli obblighi fiscali, così come previsto dai capitoli riguardanti le disposizioni penali che si ritrovano nella LIFD¹¹ nonché nella LAID¹² e, dall'altra parte, nella legislazione tributaria dei Cantoni svizzeri, e ticinese in particolare (LT¹³).

9. È punibile anche la complicità in relazione alle norme penali suddette¹⁴. Inoltre, può essere perseguibile anche il reato di falsità in documenti secondo l'art. 251 CP¹⁵ nel caso in cui, mediante la falsificazione oppure un'attestazione inveritiera, si persegua, oppure per lo meno si prenda in considerazione, non soltanto un vantaggio di carattere fiscale bensì anche l'utilizzazione di un documento inveritiero in ambito extra-fiscale¹⁶.

10. A livello di imposte indirette si deve tenere conto di tutte le disposizioni penali previste da numerose leggi federali, tra le quali la LIVA¹⁷, la LIP¹⁸, il DPA¹⁹, ecc. Anche per queste infrazioni è punibile la complicità.

¹⁰ Ordinanza dell'Autorità federale di vigilanza sui mercati finanziari sulla lotta contro il riciclaggio di denaro e il finanziamento del terrorismo (Ordinanza FINMA sul riciclaggio di denaro, ORD-FINMA), RS 955.033.0.

¹¹ Legge federale sull'imposta federale diretta, del 14 dicembre 1990, RS 642.11.

¹² Legge federale sull'armonizzazione delle imposte dirette dei Cantoni e dei Comuni, del 14 dicembre 1990, RS 642.14.

¹³ Legge tributaria del Cantone Ticino, del 21 giugno 1994, RL 10.2.1.1.

¹⁴ Recentemente sanzionata, p. es., anche nel caso dell'utilizzazione di un rapporto di revisione inveritiero, cfr. sentenza TF n. 6B_720/2012, del 17 maggio 2013 = StR 68/2013, p. 658 ss. Cfr. inoltre, tra le pubblicazioni più recenti, ed anche per quel che concerne la punibilità per riciclaggio in relazione alle infrazioni fiscali aggravate, MATTEOTTI R./BOURQUIN G./MANY S., pp. 669 e 674 ss.

¹⁵ Codice penale svizzero, del 21 dicembre 1937, RS 311.0.

¹⁶ DTF 133 IV 303, consid. 4 e 5; 110 IV 24. A favore della punibilità della falsità del Formulario W-8BEN cfr. sentenza TF n. 2C_269/2013, del 5 luglio 2013, consid. 9.9.

¹⁷ Legge federale concernente l'imposta sul valore aggiunto (Legge sull'IVA, LIVA), del 12 giugno 2009, RS 641.20.

¹⁸ Legge federale sull'imposta preventiva (LIP), del 13 ottobre 1965, RS 642.21.

¹⁹ Legge federale sul diritto penale amministrativo (DPA), del 22 marzo 1974, RS 313.0.

11. Inoltre, sempre sul piano delle imposte indirette, l'art. 14 cpv. 4 DPA prevede la punibilità come crimine della cd. "truffa in materia tributaria" se commessa in forma aggravata²⁰.

12. Si aggiungono poi le infrazioni penali previste da parte della LD²¹, dagli artt. 17 in avanti, riguardo alle quali parimenti è prevista la punibilità della complicità²².

B) I procedimenti sanzionatori di carattere penale

13. In relazione all'esercizio professionale dell'intermediazione finanziaria può essere di rilievo la punibilità in applicazione dell'art. 251 CP dell'allestimento o dell'utilizzazione di documenti falsi oppure della manipolazione di dati su supporto informatico secondo l'art. 147 CP. La punibilità per falso in documenti e per uso di documenti falsi può intervenire anche in concorso con la frode fiscale, nella misura in cui l'autore abbia accettato l'eventualità che il falso venga utilizzato anche al di fuori del perimetro esclusivamente fiscale²³.

Dal punto di vista della punibilità del riciclaggio in relazione alle infrazioni fiscali aggravate la dottrina considera anche l'allestimento e/o l'utilizzazione di documenti in relazione a società *off-shore* o *trusts*²⁴.

14. A titolo di codificazione delle Raccomandazioni antiriciclaggio approvate dal Gruppo d'azione finanziaria internazionale contro il riciclaggio di capitali (GAFI), quale Agenzia specializzata antiriciclaggio dell'OCSE, in data 16 febbraio 2012, le Camere federali hanno approvato, il 12 dicembre 2014, le modifiche seguenti che hanno rappresentato un passo storico per l'ordinamento penale e fiscale svizzero²⁵:

a) revisione dell'art. 305^{bis} CP che prevede fra i reati a monte anche i cd. "delitti fiscali qualificati", secondo la definizione fornita dal n. 1^{bis} del seguente tenore:

²⁰ "Chiunque, per mestiere o in collaborazione con terzi, commette infrazioni di cui ai capoversi 1 o 2 in materia fiscale o doganale e in tal modo procaccia a sé o ad altri un indebito profitto di entità particolarmente considerevole oppure pregiudica in modo particolarmente considerevole gli interessi patrimoniali o altri diritti dell'ente pubblico, è punito con una pena detentiva fino a cinque anni o con una pena pecuniaria. Con la pena detentiva è cumulata una pena pecuniaria".

²¹ Legge sulle dogane (LD), del 18 marzo 2005, RS 631.0.

²² L'art. 128 cpv. 1 LD rinvia al DPA, il cui art. 5 punisce esplicitamente anche la complicità. Per contro, trattandosi di delitti e non di crimini, non è ipotizzabile la punibilità per riciclaggio, cfr. GRIESSER Y., p. 141.

²³ DTF 133 IV 303, consid. 4.5 e 4.6; risp. BETSCHARD M., p. 112. Per una trattazione recente più ampia cfr. anche MATTEOTTI R./BOURQUIN G./MANY S., pp. 676 ss. e 686.

²⁴ Secondo MATTEOTTI R./BOURQUIN G./MANY S., p. 676 ss., la messa in opera e l'utilizzazione di simili strutture può dar luogo all'allestimento e/o utilizzazione di documenti punibili per falsità in documenti nella misura in cui le regole contabili non siano rispettate in occasione di transazioni con queste entità. Esempi di falsità in documenti connessa all'utilizzazione di strutture *off-shore* vengono elencati da MATTEOTTI R./MANY S., n. 13 in fine. Secondo SUTER C./REMUND C., p. 69, la messa in opera e l'utilizzazione di società *off-shore* e anche di un trust possono dar luogo ad attestazioni sul Formulario A che non corrispondono alla realtà, per cui un simile allestimento del Formulario A e/o la sua utilizzazione può essere perseguibile per falso in documenti. Cfr. SANSONETTI P., Commentaire romand, N 16 ss. ad Art. 186.

²⁵ Cfr. nota n. 5 precedente.

Sono considerati delitto fiscale qualificato i reati di cui all'articolo 186 della Legge federale del 14 dicembre 1990 sull'imposta federale diretta e all'articolo 59 capoverso 1 primo comma della Legge federale del 14 dicembre 1990 sull'armonizzazione delle imposte dirette dei Cantoni e dei Comuni, se le imposte sottratte ammontano a oltre 300'000 franchi per periodo fiscale.

- b) revisione del cpv. 4 dell'art. 14 DPA, modificato nel senso di estendere il numero dei comportamenti punibili con una pena privativa di libertà pari o superiore ai tre anni, ciò che ha per effetto di far "migrare" queste infrazioni dalla categoria dei delitti alla categoria dei crimini, secondo la definizione prevista dall'art. 10 cpv. 2 CP; questa "migrazione" notoriamente ha per effetto di trasformare anche questi comportamenti come reati a monte del reato previsto dall'art. 305^{bis} CP, per cui il riciclaggio del provento di questi comportamenti diventa punibile penalmente.

L'entrata in vigore di queste disposizioni è prevista per il 1° gennaio 2016²⁶.

15. Si tratta della novità legislativa a cui si deve ascrivere principalmente il nuovo modello di diligenza bancaria in questo settore, benché le due fonti giuridiche di rischio non debbano essere confuse l'una con l'altra²⁷. Infatti, diventano immediatamente rilevanti dal punto di vista del rispetto dell'obbligo di gestire il rischio legale e reputazionale specialmente quella giurisprudenza di applicazione del reato di riciclaggio riguardante condotte tipiche, attive oppure omisive, dell'intermediazione finanziaria, fra le quali si possono citare p. es., fra le altre, le seguenti:

- a) il trasferimento di averi patrimoniali "contaminati" a favore di un *trust* o di una fondazione di famiglia²⁸;
- b) il trasferimento di averi patrimoniali "contaminati" a favore di altri conti bancari²⁹;
- c) l'acquisizione di una polizza di assicurazione sulla vita³⁰;
- d) il prelevamento in contanti di moneta scritturale in modo da interrompere la traccia documentale³¹;
- e) il deposito di averi patrimoniali in una cassetta di sicurezza³²;
- f) l'utilizzazione o la donazione di valori patrimoniali "contaminati"³³;
- g) la donazione a favore di un'opera di carità³⁴;
- h) il versamento da parte di un imprenditore a favore del conto bancario del coniuge di una parte del suo reddito non dichiarato³⁵;
- i) il versamento a favore del conto bancario di un azionista unico di dividendi sui quali non è stata prelevata l'imposta preventiva³⁶.

²⁶ CONSIGLIO FEDERALE, *Comunicato entrata in vigore*.

²⁷ CASSANI U., pp. 12-19.

²⁸ ACKERMANN J.-B., *Geldwäschereistrafrecht*, n. 51 ss.

²⁹ GRIESSER Y., pp. 135 ss. e 138 ss.; ACKERMANN J.-B., *Geldwäschereistrafrecht*, n. 53 ss.; TRECHSEL S./AFFOLTER-EIJSTEN H., *Kommentar StGB*, N 18 ad Art. 305^{bis}.

³⁰ DTF 119 IV 242, *consid. 1d e 1e*; ACKERMANN J.-B., *Geldwäschereistrafrecht*, n. 58 ss. *Riguardo al rischio di procedimenti avviati da parte delle autorità giudiziarie penali tedesche cfr. STRATENWERTH G./WOHLERS W.*, p. 429 ss.

³¹ SCHWAB R./STUPP E., BSK BEHG, N 27 ss. ad Art. 305^{bis}.

³² DTF 119 IV 242, *consid. 1d e 1e*.

³³ *Sentenza TF n. 6B_209/2010, del 2 dicembre 2012, consid. 6.4*; ACKERMANN J.-B., *Geldwäschereistrafrecht*, n. 61 ss.

³⁴ SUTER C./REMUND C., p. 588 ss., p. 595.

³⁵ *Sentenza TF n. 1S.8/2006, del 12 dicembre 2006, consid. 5 ss.*

³⁶ *Sentenze TF n. 1B_785/2012 e 1B_787/2012, del 16 ottobre 2013, consid. 7.*

2.2.2 Procedimenti di autorità straniere

A) Procedimenti sanzionatori di carattere penale-fiscale

16. È diventato fin troppo noto, non soltanto in Svizzera, che il diritto penale fiscale straniero prevede la punibilità non soltanto del contravventore dei propri obblighi riguardo alla fiscalità diretta e quella indiretta, bensì anche di coloro che vi abbiano partecipato nelle diverse forme di complicità previste dal diritto dei diversi Paesi.

17. È ben nota l'applicazione sistematica di queste norme a carico dei cd. "easiers" da parte delle Autorità giudiziarie e fiscali USA, al punto che si può ormai parlare di una strategia USA di repressione fiscale, che si è notoriamente manifestata specialmente nei confronti di banche svizzere e di dirigenti e dipendenti delle stesse³⁷. Meno noto, invece, che già decenni orsono norme analoghe erano state applicate anche da parte di autorità di Paesi membri dell'UE³⁸.

18. Risalgono infatti già a molti anni orsono le iniziative della Procura della Repubblica in diverse giurisdizioni italiane che diedero luogo a procedimenti penali contro dipendenti di banca e di società fiduciarie operanti in territorio svizzero accusati di concorso nei reati fiscali commessi da parte di contribuenti fiscali italiani.

B) Procedimenti sanzionatori di carattere penale

19. Rientrano in questa categoria anzitutto i reati di diritto penale comune commessi in danno degli interessi finanziari di Stati stranieri e dell'UE, nella forma della "frode carosello" oppure nella forma della frode al sussidio, che in diritto svizzero sono punibili generalmente per titolo di truffa (art. 146 CP). D'altra parte, le frodi fiscali commesse mediante le numerosissime forme di sovra – e sotto – fatturazione spesso vengono perseguite anche tenendo conto della sottrazione al patrimonio di imprese del provento delle vendite effettuate all'estero e dirottato a favore di conti intestati a società non operative con sede in Paesi *off-shore*. Si tratta di conti aperti presso banche in piazze finanziarie internazionali, come Londra, Singapore e Svizzera, per poi essere definitivamente dirottati a favore di conti di cui gli azionisti delle imprese suddette sono gli aventi diritto economico³⁹.

³⁷ Attualmente risulta che il Dipartimento di giustizia americano (United States Department of Justice, DoJ) procede contro una quarantina di banchieri ed altri intermediari finanziari, avvocati, trustee e fiduciari, che vengono accusati di avere concorso, dal territorio svizzero, a favorire infrazioni fiscali commesse da parte di US-Persons.

³⁸ P. es. il Belgio, dove venne condannato il presidente di una banca lussemburghese, in Germania, dove vennero condannati due dirigenti della Deutsche Bank; vi si aggiunsero poi anche i procedimenti penali avviati da due magistrati del Ministero pubblico dello Stato di San Paolo del Brasile contro dirigenti del Credito Svizzero, numerosi procedimenti in Germania, culminando poi nei recenti procedimenti avviati congiuntamente in Belgio e in Francia contro dirigenti e dipendenti di HSBC nonché, in Francia, contro UBS nell'ambito di un procedimento in cui la Corte di cassazione francese ha recentemente confermato l'obbligo di pagamento di una cauzione di euro 1'100'000'000 a carico di UBS, sempre in un procedimento per concorso nelle frodi fiscali commesse da clienti di UBS, alla quale si aggiunse, nel marzo 2015, un'ulteriore cauzione di euro 40 milioni, nell'ambito di un nuovo procedimento avviato a carico della filiale francese di UBS.

³⁹ In diritto italiano simili comportamenti possono essere perseguiti per titolo di appropriazione indebita secondo l'art. 640 CP-ITA e in diritto francese per titolo di "abus de biens sociaux". In caso di fallimento il procedimento può essere esteso al reato di bancarotta.

20. Vi si aggiungono spesso anche le infrazioni riguardanti la punibilità dell'allestimento e dell'utilizzazione di documenti inventariati.

21. In qualche occasione, come p. es. in Francia e in Italia, i procedimenti penali per reati fiscali sono stati connessi anche a procedimenti per esercizio di un'attività d'intermediazione finanziaria punibile, poiché effettuata senza essere a beneficio dell'autorizzazione prevista dall'ordinamento giuridico nazionale⁴⁰.

C) Procedimenti per riciclaggio in relazione alla fiscalità

22. Il 16 febbraio 2012 venne approvata la revisione della Raccomandazione n. 3 appartenente alle 40 Raccomandazioni antiriciclaggio del GAFI, allo scopo di inserire fra i reati pregressi a monte del reato di riciclaggio anche le infrazioni fiscali gravi (*serious tax crimes*)⁴¹. Si trattò di uno sviluppo storico, specialmente per le piazze finanziarie internazionali e per quegli Stati che tradizionalmente vengono annoverati fra le piazze *off-shore* e/o fra i cd. "Paesi non cooperativi", poiché non soddisfano i requisiti minimi dell'OCSE riguardo alla cooperazione internazionale in materia fiscale.

23. Uno dei primi Paesi che si affrettò a codificare questa novità nel proprio diritto nazionale, già dal 1° luglio 2013, fu Singapore. *"La legislazione di Singapore si spinge quindi ben oltre il presente progetto, perché considera già la sottrazione di imposte intenzionale come reato preliminare a riciclaggio di denaro. Lo stesso vale per il Sud Africa, il Belgio, il Brasile, il Canada, la Finlandia, la Francia, Hong Kong, l'Irlanda, il Messico, la Norvegia, i Paesi Bassi, il Portogallo, il Regno Unito e la Svezia, secondo le informazioni, non verificate, comunicate da questi Paesi al GAFI"*⁴².

24. Numerosi altri Paesi però non avevano atteso la modifica della Raccomandazione n. 3 del GAFI, e vi avevano provveduto già precedentemente. Fra gli altri, già nella Terza Direttiva antiriciclaggio dell'UE, un gran numero di infrazioni fiscali degli Stati membri rientrava nella categoria delle infrazioni pregresse al reato di riciclaggio, poiché erano punite con una pena superiore a sei mesi. La Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla prevenzione dell'utilizzazione del sistema finanziario per scopi di riciclaggio di capitali e di finanziamento del terrorismo include fra le infrazioni a monte del riciclaggio tutte le infrazioni, comprese le infrazioni fiscali connesse alle imposte dirette e indirette purché *"siano punite con una pena privativa di libertà di una durata massima superiore a un anno, oppure di una durata minima superiore a sei mesi"*⁴³.

⁴⁰ Si parla allora, in Italia, di abusivismo finanziario, come p. es. nel caso dei quattro intermediari finanziari, di cui uno dipendente di banca svizzera, arrestati a Firenze in data 23 settembre 2013, oppure di "démarchage de clientèle", come nel caso di procedimenti avviati in Francia contro dipendenti di UBS e contro la stessa UBS.

⁴¹ La Raccomandazione n. 3 del GAFI dev'essere messa in relazione con la completazione nel "Glossaire général" aggiungendo la nozione di "infractions fiscales pénales (liées aux impôts directs et indirects)" fra le cd. "catégories désignées d'infraction", ossia le cd. infrazioni gravi pregresse al reato di riciclaggio.

⁴² CONSIGLIO FEDERALE, Messaggio GAFI, pp. 613-614.

⁴³ Per la legislazione antiriciclaggio in materia fiscale riguardante il Belgio, la Francia, la Germania, la Gran Bretagna, l'Italia e gli USA, cfr. CASSANI U., pp. 14-18.

25. Riguardo al sistema giuridico italiano, il 1° gennaio 2015 è entrato in vigore, a fianco dell'art. 648^{bis} CP-ITA che punisce il riciclaggio, il nuovo art. 648^{ter} comma 1 CP-ITA che punisce l'autoriciclaggio riferito anche alle infrazioni di carattere fiscale⁴⁴.

2.3 Procedimenti di carattere prudenziale⁴⁵

A) Obbligo di gestione dei rischi legali e reputazionali

26. Le basi legali sono costituite dall'art. 9 cpv. 2 OBCR⁴⁶ e dall'art. 6 ORD-FINMA⁴⁷, nonché dall'art. 3 LBCR⁴⁸, che generano l'obbligo di garantire un'organizzazione e una struttura adeguata per l'individuazione, la gestione e la vigilanza sui rischi essenziali previsti all'art. 3f cpv. 2 LBCR⁴⁹.

⁴⁴ La nuova norma, approvata il 15 dicembre 2014 mediante la L. (Legge) n. 186/2014, recita quanto segue: "Art. 648-ter. 1. - (Autoriciclaggio). Si applica la pena della reclusione da due a otto anni e della multa da euro 5'000 a euro 25'000 a chiunque, avendo commesso concorso a commettere un delitto non colposo, impiega, sostituisce, trasferisce, in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative, il denaro, i beni o le altre utilità provenienti dalla commissione di tale delitto, in modo da ostacolare concretamente l'identificazione della loro provenienza delittuosa. Si applica la pena della reclusione da uno a quattro anni e della multa da euro 2'500 a euro 12'500 se il denaro, i beni o le altre utilità provengono dalla commissione di un delitto non colposo punito con la reclusione inferiore nel massimo a cinque anni. Si applicano comunque le pene previste dal primo comma se il denaro, i beni o le altre utilità provengono da un delitto commesso con le condizioni o le finalità di cui all'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, e successive modificazioni. Fuori dei casi di cui ai commi precedenti, non sono punibili le condotte per cui il denaro, i beni o le altre utilità vengono destinate alla mera utilizzazione o al godimento personale. La pena è aumentata quando i fatti sono commessi nell'esercizio di un'attività bancaria o finanziaria o di altra attività professionale. La pena è diminuita fino alla metà per chi si sia efficacemente adoperato per evitare che le condotte siano portate a conseguenze ulteriori o per assicurare le prove del reato e l'individuazione dei beni, del denaro e delle altre utilità provenienti dal delitto. Si applica l'ultimo comma dell'articolo 648".

⁴⁵ Viene qui mutuato, come già in lingua francese, il termine ormai affermatosi di "prudential law" che viene utilizzato, perlomeno a livello svizzero, per definire le norme che vengono applicate dalla FINMA/Financial Market Authority, nella sua qualità di autorità di vigilanza sul mercato bancario e finanziario.

⁴⁶ Ordinanza sulle banche e le casse di risparmio (Ordinanza sulle banche, OBCR), del 30 aprile 2014, RS 952.02. L'art. 9 cpv. 2 OBCR prevede quanto segue: "La banca disciplina in un regolamento o in direttive interne i principi della gestione dei rischi nonché la competenza e la procedura di autorizzazione per gli affari a rischio. Essa deve in particolare rilevare, limitare e sorvegliare i rischi di mercato, di credito, di cedimento, di liquidazione, di liquidità e di immagine, nonché i rischi operativi e giuridici".

⁴⁷ L'art. 6 ORD-FINMA dispone quanto segue: "Sorveglianza globale dei rischi giuridici e di reputazione. 1. L'intermediario finanziario che possiede succursali all'estero oppure dirige un gruppo finanziario che comprende società estere deve determinare, limitare e controllare in maniera globale i suoi rischi giuridici e di reputazione legati al riciclaggio di denaro e al finanziamento del terrorismo. 2. Esso deve assicurare che: a. gli organi di sorveglianza interni e la società di audit del gruppo dispongano, in caso di bisogno, di un accesso alle informazioni concernenti le relazioni d'affari individuali di tutte le società del gruppo. Non è obbligatoria né la costituzione di una banca dati centralizzata delle controparti e degli aventi economicamente diritto a livello del gruppo, né l'accesso centralizzato degli organi di sorveglianza interni del gruppo alle banche dati locali; b. le società del gruppo mettano a disposizione degli organi competenti del gruppo le informazioni necessarie alla sorveglianza globale dei rischi giuridici e di reputazione. 3. Un intermediario finanziario che constata che l'accesso alle informazioni relative alle controparti o agli aventi economicamente diritto è, in certi Paesi, escluso o seriamente limitato per motivi di ordine giuridico o pratico deve informarne senza indugio la FINMA. 4. L'intermediario finanziario che fa parte di un gruppo finanziario svizzero o estero garantisce agli organi di sorveglianza interni o alla società di audit del gruppo l'accesso, in caso di bisogno, alle informazioni concernenti determinate relazioni d'affari, nella misura necessaria alla sorveglianza globale dei rischi giuridici e di reputazione."

⁴⁸ Legge federale sulle banche e le casse di risparmio (Legge sulle banche, LBCR), dell'8 novembre 1934, RS 952.0.

⁴⁹ Ormai i rischi legali e reputazionali rientrano addirittura fra i cd. "operationelle Risiken" (cfr. WINZELER C., BSK BankG, N 85 ad Art. 3 con esplicito riferimento persino alle responsabilità extracontrattuali riferite ai temi giuridici stranieri, cfr. N 86 in fine ad Art. 3).

A questo proposito si rammenta la nota n. 40 della Circolare riveduta della FINMA in vigore dal 1° gennaio 2015 con il Titolo "Attività di audit"⁵⁰.

B) Estensione dell'applicabilità del requisito della garanzia di attività irreprensibile

27. Il requisito della garanzia di attività irreprensibile (*einwandfreie Geschäftsführung, activité irréprochable*) per le persone incaricate dell'amministrazione e della gestione è previsto quale condizione per l'ottenimento e per il mantenimento dell'autorizzazione all'esercizio di attività come banca (artt. 3 cpv. 2 lett. c, 3 lett. f LBCR), commerciante di valori mobiliari (art. 10 cpv. 2 lett. d LBVM⁵¹) e come persona autorizzata ai sensi dell'art. 14 cpv. 1 lett. a LICol⁵². Una norma analoga è prevista anche riguardo agli azionisti di riferimento, riguardo ai quali l'art. 3 cpv. 2 lett. c^{bis} LBCR prevede il divieto di esercitare un influsso a danno di una gestione sana e prudente.

28. Secondo una decisione della allora Commissione federale delle banche (CFB)⁵³, la partecipazione ad un reato fiscale da parte di un membro di un organo di una banca viene considerata come un comportamento che non è compatibile con la garanzia suddetta di attività irreprensibile⁵⁴.

29. Nella Decisione della CFB riguardante l'azionista principale di una società svizzera di commercio di materie prime, la CFB stabilì testualmente che una banca non solo non può allestire dichiarazioni incomplete oppure in altro modo equivocate a scopo di frode di autorità, ma deve anche evitare situazioni nelle quali ci si possa attendere una simile condotta da parte sua⁵⁵. Del resto anche l'art. 8 CDB⁵⁶ vieta l'allestimento di attestazioni inveritiere a scopo di inganno delle autorità fiscali.

30. In una decisione del 1991, la CFB dichiarò come inaccettabile che una piccola banca regionale finanziasse affari in nero nel commercio immobiliare, grazie ai quali l'acquirente si sarebbe reso in tal modo responsabile di frode oppure sottrazione fiscale.

31. La formulazione estremamente restrittiva del comportamento che viene dichiarato come vietato, non era però ancora tale da rendere vietati l'accettazione e il deposito di averi patrimoniali non dichiarati fiscalmente. Parimenti né la CFB né la FINMA

⁵⁰ FINMA, *Attività di audit*, p. 9.

⁵¹ *Legge federale sulle borse e il commercio di valori mobiliari (Legge sulle borse, LBVM)*, del 24 marzo 1995, RS 954.1.

⁵² *Legge federale sugli investimenti collettivi di capitale (Legge sugli investimenti collettivi, LICol)*, del 23 giugno 2006, RS 951.31.

⁵³ Cfr. CFB, *Rapporto 2006*, p. 43.

⁵⁴ *In merito all'obbligo di garanzia (Gewährsnorm) la dottrina ritiene inoltre quanto segue: "Aufsichtsrechtlich problematisch sind Fallkonstellationen, in den eine Bank bzw. deren Kundenberater [...] in einer Weise Handlungen vornehmen, mit denen sie sich selbst in die Nähe eines Beitrags zu einem Steuerdelikt nach Massgabe ausländischen oder auch schweizerischen Rechts rücken"* (WINZELER C., BSK BankG, N 13 ad Art. 3).

⁵⁵ Cfr. CFB, *Bulletin 15*, p. 7 nonché DTF 111 Ib 126.

⁵⁶ Cfr. CFB, *Bulletin 22*, p. 27.

avevano mai vietato l'utilizzazione di strutture societarie elusive oppure di altri mezzi come il "fermo banca" per la corrispondenza ordinaria oppure i conti cifrati⁵⁷, benché fosse notoria la loro massiccia quanto sistematica diffusione a scopo di elusione fiscale⁵⁸.

32. Secondo l'art. 7 cpv. 2 ORD-FINMA, il riciclaggio per negligenza può essere tenuto in considerazione nell'esame della sussistenza del requisito della garanzia di attività irreprensibile.

C) Obbligo della gestione del rischio transfrontaliero (*cross border risk*)

33. La FINMA ha varato questa sua nuova prassi, fondata sul suddetto art. 9 cpv. 2 e 4 OBCR e sull'art. 6 ORD-FINMA, solamente mediante la sua Presa di posizione a proposito dei rischi giuridici e di reputazione nel quadro dell'attività finanziaria e transfrontaliera promulgata il 22 ottobre 2010⁵⁹. Lo spunto era rappresentato dalle conseguenze dello scontro fra le autorità giudiziarie e fiscali USA, da una parte, e, dall'altra parte, l'UBS. Successivamente, anche sotto la spinta di numerosi altri procedimenti, non soltanto negli USA ma anche in altri Paesi, la FINMA precisò ed estese i concetti espressi nella sua suddetta Presa di posizione, ciò che avvenne essenzialmente nelle occasioni seguenti:

- a) la comunicazione FINMA, datata 19 giugno 2012 intitolata *"Rischi giuridici e di reputazione nelle operazioni transfrontaliere aventi per oggetto prestazioni finanziarie"*, appunto accompagnata da un rapporto di cinque pagine contenente domande e risposte su questo argomento⁶⁰;
- b) la dichiarazione contenuta nel Rapporto annuale FINMA del 2013⁶¹;
- c) la dichiarazione espressa in occasione della conferenza stampa della FINMA in aprile 2014⁶²;

⁵⁷ ZULAUF U., p. 14.

⁵⁸ In merito all'obbligo di gestire il rischio di infrangere regole legali, standard e regole deontologiche, il Tribunale federale ha già avuto modo di ritenere che: "Die Banken haben deshalb die wirtschaftlichen Hintergründe eines Geschäfts abzuklären, wenn Anzeichen darauf hindeuten, dass dieses Teil eines unsittlichen oder rechtswidrigen Sachverhalts bilden könnte [...] und haben sich entsprechend einer Mitwirkung an unrechtmässigen oder sittenwidrigen Geschäften eines Kunden zu enthalten" (DTF 111 Ib 126).

⁵⁹ Come noto, la FINMA ha atteso molto tempo prima di riconoscere che la violazione di norme fiscali estere da parte dei clienti di una banca svizzera potesse portare conseguenze anche dal punto di vista del diritto svizzero. La soluzione "ingegnosa" (cfr. NOBEL P., p. 43) della FINMA consisté nell'applicazione della garanzia di attività irreprensibile non più soltanto nei confronti di singole persone fisiche, come membri di consigli di amministrazione e della direzione generale, bensì anche nei confronti della banca come tale, potendo così in tal modo distinguere fra le responsabilità dell'istituto come tale, da una parte, e quelle dei membri dei suoi organi, dall'altra parte.

⁶⁰ FINMA, Rischi giuridici e di reputazione, p. 1 ss.

⁶¹ FINMA, Rapporto annuale 2013, p. 26.

⁶² La relativa dichiarazione è importante nella sua integralità, ma ci limitiamo allo stralcio seguente: "Concernant les actifs transfrontières non déclarés – et j'en reviens donc à mon second exemple – tous les établissements doivent identifier, mesurer et contrôler leur risques juridiques et de réputation en tenant compte de la législation étrangère". Analogamente, nella Decisione della FINMA datata 30 giugno 2014, si dichiara che: "de manière générale, la FINMA n'examine pas le respect du droit étranger par les établissements qui lui sont assujettis. Une possible violation du droit étranger par les instituts autorisés en Suisse représente toutefois un risque juridique et de réputation important".

- d) la conclusione dei procedimenti amministrativi della FINMA riguardanti i rimproveri mossi nei confronti di diverse banche relativamente alla gestione del rischio legale riguardo ai propri clienti sottoposti alla sovranità fiscale USA⁶³;
- e) le decisioni della Divisione *Enforcement* della FINMA reperibili, a partire dal 2014, nel Rapporto sull'*enforcement* 2014, pubblicato il 24 febbraio 2015⁶⁴.

34. Poiché una delle principali novità contenute nel pacchetto approvato il 12 dicembre 2014 era ed è rappresentata dalla punibilità del riciclaggio in relazione alle infrazioni fiscali aggravate, ci si poteva attendere un intero capitolo in esecuzione di queste novità che fosse contenuto nell'ORD-FINMA. Nulla di tutto ciò. Anzi, l'art. 7 ORD-FINMA dove si prevede il divieto di accettare valori patrimoniali provenienti da un crimine nonché la relazione fra la garanzia di un'attività irreprensibile e l'accettazione per negligenza di valori patrimoniali provenienti da un crimine non è stato modificato. Infatti, questa norma continua a parlare di crimine senza aggiungervi il "delitto fiscale aggravato" introdotto al n. 1^{bis} dell'art. 305^{bis} CP. Per contro, tutte le norme della LRD, nella quale si menzionano i crimini come reato a monte del riciclaggio, sono state completate aggiungendovi anche la menzione del "delitto fiscale qualificato". Un riferimento, anche se implicito, alla diligenza relativa alla conformità fiscale lo si ravvisa però al nuovo art. 25 ORD-FINMA che elenca il contenuto delle direttive interne, aggiungendo quanto segue al nuovo art. 25 cpv. 2 lett. k:

Tutti gli altri procedimenti che disciplinano l'attuazione e gli obblighi di diligenza ai sensi degli art. 3 – 8 LRD.

Questa menzione è importante, dal momento che fra queste norme menzionate esplicitamente dall'art. 25 ORD-FINMA, il nuovo art. 6 LRD menziona esplicitamente anche i delitti fiscali qualificati come reati a monte del riciclaggio. Ciò significa pertanto che, a partire dall'entrata in vigore del nuovo art. 305^{bis} CP e dei nuovi articoli della LRD

⁶³ *I relativi rapporti non sono pubblici, ma se ne ebbe conferma grazie alla pubblicazione di sintesi o di comunicati stampa riguardanti: a) il procedimento amministrativo riguardante UBS, che si concluse mediante un rapporto del 18 febbraio 2009 (cfr. www.finma.ch); b) il procedimento amministrativo contro il Credit Suisse, che si concluse mediante rapporto datato 21 settembre 2012 riassunto nel cd. FINMA Kurzbericht del 20 maggio 2014, ossia il giorno successivo alla firma da parte del Credit Suisse del plea agreement, mediante il quale venne concluso il procedimento promosso a suo carico dall'US Doj, nell'ambito del quale la FINMA rimproverò al Credit Suisse una violazione grave dei requisiti di irreprensibilità e organizzativi "Indem sie die mit dem grenzüberschreitenden privatkunden Geschäft mit US-Personen verbundenen Rechtsrisiken unzureichend erfasste, überwachte und begrenzte" (FINMA, Kurzbericht, p. 3); c) il procedimento amministrativo avviato nel marzo 2013 a carico della BSI, che si concluse con la constatazione da parte della FINMA che "BSI ha violato i propri obblighi di identificazione, limitazione e controllo dei rischi in merito alle relazioni d'affari con clienti statunitensi. In particolare, la banca intratteneva relazioni d'affari con un numero ragguardevole di clienti USA con patrimoni non dichiarati. Fin dopo il 2009 BSI SA ha accettato clienti statunitensi con patrimoni non dichiarati provenienti da altre banche svizzere che li avevano estromessi. Così facendo, la Banca ha esposto in maniera sproporzionata sé stessa e i propri collaboratori a elevati rischi giuridici e di reputazione negli Stati Uniti, contravvenendo al requisito della garanzia di un'attività irreprensibile che un istituto deve fornire ai sensi del diritto svizzero in materia di vigilanza. La FINMA ha ammonito la banca e imposto l'adozione di misure correttive" (cfr. FINMA, Conclusione procedimento contro BSI, p. 1 s.).*

⁶⁴ *Cfr. FINMA, Rapporto sull'enforcement, p. 16. Tutte le suddette iniziative della FINMA trovarono un riscontro anche nella Circolare datata 29 novembre 2013 dell'Associazione Svizzera dei Banchieri (ASB) nonché nella Circolare datata 20 marzo 2014 dell'Associazione Svizzera delle Banche estere, nella quale si fa esplicito riferimento ad un colloquio chiarificatore con la FINMA tenutosi poco tempo prima.*

parimenti votati il 12 dicembre 2014, ogni intermediario finanziario dovrà adattare le proprie direttive interne introducendo anche le norme di diligenza riguardanti il riciclaggio in relazione alle infrazioni fiscali. Questa nuova “*due diligence*” dev’essere applicata riguardo alla conformità fiscale indipendentemente dal fatto che si tratti di infrazioni fiscali aggravate o meno⁶⁵.

2.4 Rischi reputazionali

35. La definizione del Comitato di Basilea è alquanto ampia⁶⁶, ma per la presente analisi ci si può limitare a considerare come rischio reputazionale la diffusione di informazioni riguardanti la materializzazione di un rischio legale.

36. Vi rientrano pertanto:

- a) le procedure di natura penale, fiscale, amministrativa e prudenziale menzionate sopra;
- b) l’esecuzione di provvedimenti coercitivi nell’ambito delle procedure suddette, come p. es. la pubblicazione dell’emanazione di un ordine di arresto, l’esecuzione di un ordine di arresto o di estradizione, la consegna di nomi da parte di persone che si sono dichiarate *cooperative witnesses* secondo la procedura USA, la pubblicazione di atti di accusa, la pubblicazione di ordini di sequestro secondo il modello *John Doe*, oppure di una perquisizione o di un ordine di sequestro di dati e di documenti;
- c) la diffusione e vendita di dati bancari sottratti e la loro utilizzazione da parte di autorità fiscali estere⁶⁷.

37. Sulla base dell’esperienza di questi ultimi anni si poté constatare che i media attribuirono grande eco alle iniziative delle autorità giudiziarie, amministrative o fiscali di diversi Paesi che, si sono poi materializzati in particolare negli eventi seguenti:

- a) la consegna alle autorità estere di elenchi di nomi sottratti;
- b) la divulgazione di modelli di affari fiscalmente elusivi, come nel caso denominato “*Off-shore Leaks*” del 4 aprile 2013 e nel caso denominato “*Swiss Leaks*” del 9 febbraio 2015;
- c) la divulgazione di accordi fiscali speciali, come p. es. nel caso denominato “*Lux Leaks*” del 6 novembre 2014;
- d) la pubblicazione dell’obbligo a carico di una determinata banca di consegnare all’autorità fiscale straniera elenchi di nomi di contribuenti⁶⁸.

⁶⁵ BARTHOLET O., pp. 383 ss. e 399.

⁶⁶ Cfr. COMITATO DI BASILEA PER LA VIGILANZA BANCARIA, n. 11, p. 2 s.

⁶⁷ La diffusione della sottrazione illecita di nominativi di clienti coperta dal segreto bancario e dal segreto d’affari diede luogo alla approvazione, da parte del Parlamento svizzero, in data 12 dicembre 2014, di nuove norme più severe riguardanti la violazione del segreto bancario (in accoglimento della iniziativa parlamentare n. 10.450) e di segreti analoghi (art. 47 LBCR, art. 43 LBVM, art. 148 LICol).

⁶⁸ Cfr. la consegna alle autorità USA di 250 nomi di clienti di UBS nonché di 1’500 nomi di US Persons da parte della banca Leumi, resa nota nel dicembre 2014.

38. L'elenco delle situazioni qualificabili come rischio reputazionale può essere allestito anche tenendo conto degli obblighi di comunicazione previsti dall'art. 29 cpv. 2 LFINMA⁶⁹ e dall'art. 31 cpv. 1 ORD-FINMA⁷⁰.

2.5 Rischi legali e reputazionali connessi alla cooperazione internazionale in materia penale e in materia fiscale

A) Procedimenti rogatoriali come fonte di rischio legale e reputazionale

39. Sono prioritariamente le procedure rogatorie nell'interesse di un procedimento penale all'estero, specialmente per i reati di diritto penale comune connessi alla fiscalità nonché nell'interesse di procedimenti stranieri per infrazioni di carattere fiscale, che risultano rilevanti nel modellare il livello di diligenza degli intermediari finanziari in Svizzera. Vi si possono però aggiungere anche domande estere di cooperazione indirizzate alle autorità di vigilanza sul mercato bancario e su quello borsistico pure indirizzate alle autorità competenti per la vigilanza sulla concorrenza oppure sui cartelli.

40. Anzitutto, il procedimento rogatorio è, per definizione collegato alla promozione di un procedimento in un Paese straniero. In un secondo luogo, il procedimento rogatorio come tale, che viene avviato in territorio svizzero da parte delle autorità svizzere, costituisce la materializzazione di un rischio legale e reputazionale perlomeno per i seguenti motivi:

- a) poiché comporta l'intervento dell'autorità svizzera, quella giudiziaria e/o quella fiscale, che talvolta ordina anche provvedimenti coercitivi, come la perquisizione, l'edizione o il sequestro di dati su supporto cartaceo oppure informatico, ed altre misure analoghe;
- b) può dare luogo all'apertura di un procedimento autonomo nazionale svizzero sulla base appunto delle informazioni contenute nella domanda di cooperazione straniera oppure delle informazioni che vengono raccolte dall'autorità svizzera in esecuzione della domanda straniera;
- c) può dare luogo alla trasmissione di informazioni ad autorità svizzere previste obbligatoriamente o facoltativamente dal diritto svizzero;
- d) può dare luogo alla trasmissione di informazioni ad autorità straniere previste facoltativamente in diritto svizzero, come p. es. fra autorità penali (art. 67a AIMP⁷¹) oppure fra autorità anticirclaggio (art. 30 LRD);

⁶⁹ Legge federale concernente l'Autorità federale di vigilanza sui mercati finanziari (Legge sulla vigilanza dei mercati finanziari, LFINMA), del 22 giugno 2007, RS 956.1. L'art. 29 cpv. 2 LFINMA recita: "Gli assoggettati alla vigilanza e le società di audit che eseguono verifiche presso di loro devono inoltre notificare senza indugio alla FINMA tutti gli eventi di grande importanza ai fini della vigilanza".

⁷⁰ L'art. 31 cpv. 1 ORD-FINMA recita: "L'intermediario finanziario informa la FINMA delle comunicazioni effettuate all'Ufficio di comunicazione in materia di riciclaggio di denaro riguardanti relazioni d'affari che concernono importanti valori patrimoniali o quando risulta verosimile, considerate le circostanze, che la vicenda che ha portato alla comunicazione possa ripercuotersi sulla reputazione dell'intermediario finanziario o su quella della piazza finanziaria".

⁷¹ Legge federale sull'assistenza internazionale in materia penale (Assistenza in materia penale, AIMP), del 20 marzo 1981, RS 351.1. Cfr. DTF 140 IV 123: anche solo in base ad una segnalazione del MROS.

e) come spesso succede per l'esecuzione di provvedimenti coercitivi da parte delle autorità svizzere, la loro portata o la loro rilevanza può anche dar luogo, ufficialmente o per canali informali, alla diffusione di informazioni, a persone terze oppure al mercato, e, successivamente, ai media, concretizzando così un rischio reputazionale.

B) Rogatorie internazionali in materia penale-fiscale

41. I procedimenti rogatoriali di carattere giudiziario in materia fiscale disponibili indifferente per tutti gli Stati sono anzitutto quelli previsti dall'art. 3 cpv. 3 AIMP⁷².

42. Sempre con riferimento ai reati commessi in danno degli interessi finanziari dell'Erario di un Paese straniero, possono entrare in linea di conto rogatorie nell'interesse di procedimenti penali esteri promossi per titolo di frode carosello oppure per titolo di frode al sussidio, comprese le frodi in danno dell'UE.

43. Nell'interesse dei procedimenti per riciclaggio possono essere eseguite in Svizzera anzitutto richieste di cooperazione da parte degli Uffici di comunicazione antiriciclaggio di Paesi esteri (*Financial Intelligence Unit*, FIU) che vengono indirizzati al corrispondente Ufficio federale di comunicazione antiriciclaggio (*Money Laundering Reporting Office Switzerland*, MROS), competente per darvi seguito in conformità dell'art. 30 LRD.

44. La nuova formulazione dell'art. 14 cpv. 4 DPA approvata il 12 dicembre 2014 ha per effetto che da parte svizzera possa essere data esecuzione a rogatorie presentate nell'interesse di procedimenti penali promossi all'estero per titolo di riciclaggio del provento di infrazioni fiscali aggravate nell'ambito della fiscalità indiretta.

45. A seguito della nuova formulazione dell'art. 305^{bis} CP approvata in data 12 dicembre 2014, possono essere eseguite in Svizzera rogatorie anche nell'interesse di procedimenti penali avviati all'estero per titolo di riciclaggio del provento di "delitti fiscali qualificati" secondo la definizione prevista dal n. 1^{bis} dell'art. 305^{bis} CP. A questo proposito, il Messaggio GAFI del Consiglio federale⁷³, seppure riferendosi al principio della doppia punibilità riguardante il perseguimento in Svizzera del riciclaggio del provento di infrazioni fiscali commesse all'estero, proponeva un'interpretazione estensiva, che giungeva addirittura

⁷² "La domanda è irricevibile se il procedimento verte su un reato che sembra volto a una decurtazione di tributi fiscali o viola disposizioni in materia di provvedimenti di politica monetaria, commerciale o economica. Tuttavia, si può dar seguito: a) a una domanda d'assistenza secondo la parte terza della presente legge se il procedimento verte su una truffa in materia fiscale; b) a una domanda d'assistenza secondo tutte le parti della presente legge se il procedimento verte su una truffa qualificata in materia fiscale ai sensi dell'articolo 14 capoverso 4 della Legge federale del 22 marzo 1974 sul diritto penale amministrativo".

⁷³ CONSIGLIO FEDERALE, Messaggio GAFI, p. 627.

a comprendere anche i reati che potrebbero corrispondere, in diritto svizzero, alla "sottrazione di imposta"⁷⁴. Quest'interpretazione, se traslata a livello di requisito della doppia punibilità prevista dall'art. 64 cpv. 1 AIMP, sembra eccessiva, poiché contrasta addirittura con la Raccomandazione n. 3 del GAFI, approvata il 16 febbraio 2012, che limitava la categoria dei reati fiscali a monte del riciclaggio alle infrazioni fiscali aggravate (*Serious Tax Crimes*) ossia senza includervi tutte le infrazioni di carattere fiscale⁷⁵.

46. Poiché nella definizione di "delitto fiscale qualificato" prevista dal n. 1^{bis} dell'art. 305^{bis} CP si prevede come secondo elemento caratterizzante anche quello di un risparmio indebito per periodo fiscale pari o superiore a fr. 300'000, oppure al suo controvalore in valuta estera, nel Messaggio GAFI del Consiglio federale si prevede esplicitamente che *"l'importo effettivo viene calcolato secondo la legislazione del Paese nel quale il cliente è assoggettato"*⁷⁶.

47. Riguardo alla cooperazione internazionale nell'interesse di procedimenti penali stranieri promossi per riciclaggio, la giurisprudenza federale⁷⁷ si è da tempo sempre mostrata particolarmente generosa, avendo addirittura previsto che l'autorità rogante straniera non fosse nemmeno tenuta ad indicare in che cosa consistesse l'infrazione principale di riciclaggio. La sentenza suddetta, che si riferiva comunque ad un caso abbastanza particolare, venne criticata dalla dottrina⁷⁸, così che anche il Tribunale federale ebbe occasione di adattare la propria giurisprudenza⁷⁹.

C) Cooperazione internazionale in materia fiscale

48. Entra anzitutto in considerazione la cooperazione prestata dalle autorità fiscali su domanda, fondate sulla clausola dello scambio di informazioni prevista dalle convenzioni per evitare le doppie imposizioni sul reddito e sul patrimonio (CDI). Dopo la famosa dichiarazione espressa dal Consiglio federale il 13 marzo 2009⁸⁰, il Parlamento svizzero ha firmato e ratificato con numerosi Paesi delle CDI contenenti una clausola sull'assistenza fra autorità fiscali allargata anche alle infrazioni fiscali semplici e alle procedure di accertamento fiscale, essendo ammesse anche le domande di gruppo⁸¹.

⁷⁴ Si potrebbe però doverosamente considerare anche la presa di posizione di Christian Wanner, allora Presidente della Conferenza delle direttrici e dei direttori cantonali delle finanze (CDCF), benché pronunciata in altro contesto, dove considerava più grave una sottrazione fiscale dovuta alla mancata dichiarazione di un reddito di 20 milioni di fr. rispetto ad una frode fiscale di importo minimo dovuta alla falsificazione di un certificato di salario.

⁷⁵ Pertanto, in occasione del dibattito parlamentare, il capo del Dipartimento federale delle finanze (DFF) dichiarò in modo formale che questa interpretazione contenuta nel Messaggio GAFI era infondata (cfr. BU CS 2014, p. 172).

⁷⁶ CONSIGLIO FEDERALE, Messaggio GAFI, p. 627.

⁷⁷ DTF 129 II 97, consid. 3.2.

⁷⁸ POPP P., p. 98; FORSTER M., p. 284 ss.

⁷⁹ Sentenza TF n. 1A_188/2005, consid. 2.4.

⁸⁰ CONSIGLIO FEDERALE, Comunicato sullo standard OCSE.

⁸¹ SFI, CDI e assistenza amministrativa. A questo riguardo il Consiglio federale, in data 22 ottobre 2014 ha avviato la consultazione relativa ad una nuova Legge federale per la applicazione unilaterale dello standard OCSE sullo scambio di informazioni su domanda (LASSI); cfr. CONSIGLIO FEDERALE, Comunicato sulla LASSI.

49. Sempre fra le domande di acquisizione di mezzi di prova rientrano anche quelle previste dall'Accordo con l'UE riguardante l'Adesione allo spazio di Schengen, in vigore dall'8 aprile 2009⁸².

50. In favore della cooperazione avente come finalità la messa a disposizione di mezzi di prova, venne adottata il 26 gennaio 1988 la cd. Convenzione del Consiglio d'Europa e dell'OCSE sull'assistenza amministrativa (Convenzione sull'assistenza amministrativa)⁸³, completata mediante il Protocollo addizionale del 31 marzo 2010, che prevede in particolare anche lo scambio spontaneo di informazioni (art. 7).

51. Vi si aggiunge poi la possibilità di scambio automatico di informazioni prevista dai futuri Accordi bilaterali che potranno essere stipulati dalla Svizzera a partire dal 2018⁸⁴.

52. Rientrano nella cooperazione internazionale in materia fiscale anche le domande tendenti all'incasso di somme nell'interesse del fisco straniero, ciò che è previsto dagli Accordi seguenti:

- a) l'AfisR;
- b) gli Accordi sul modello Rubik in vigore dal 1° gennaio 2013 con l'Austria⁸⁵ e il Regno Unito⁸⁶;
- c) il sistema FATCA⁸⁷ in vigore dal 1° luglio 2014 con gli USA;
- d) la LIFI⁸⁸ in vigore dal 20 dicembre 2012.

⁸² RU 2008 447. Questo Accordo prevede anche altre forme di cooperazione, come l'estradizione, la consegna di valori patrimoniali e i procedimenti penali in via sostitutiva.

⁸³ Questa Convenzione, in vigore dal 1° giugno 2011, venne firmata dalla Svizzera il 15 ottobre 2013.

⁸⁴ In data 19 marzo 2015 la Svizzera ha parafato l'Accordo bilaterale con l'UE riguardante lo scambio automatico di informazioni (DFF, Comunicato stampa Svizzera-UE sullo scambio automatico), che dovrebbe rendere caduco l'AfisR (Accordo tra la Confederazione Svizzera e la Comunità europea che stabilisce misure equivalenti a quelle definite nella direttiva del Consiglio 2003/48/CE in materia di tassazione dei redditi da risparmio sotto forma di pagamenti di interessi, concluso il 26 ottobre 2004, in vigore per la Svizzera dal 1° luglio 2005, RS 0.641.926.81). Inoltre, in data 3 marzo 2015 la Svizzera ha firmato una Dichiarazione formale anche con l'Australia riguardo allo scambio automatico di informazioni (DFF, Comunicato stampa Svizzera-Australia sullo scambio automatico). Riguardo alle modalità di funzionamento dello scambio automatico di informazioni cfr. WEBER M./RUEGGER A./KING R., p. 1170 ss.

⁸⁵ Convenzione tra la Confederazione Svizzera e la Repubblica d'Austria concernente la collaborazione in ambito di fiscalità e di mercati finanziari, Conclusa il 13 aprile 2012, Approvata dall'Assemblea federale il 15 giugno 2012, Entrata in vigore mediante scambio di note il 1° gennaio 2013, RS 0.672.916.33.

⁸⁶ Convenzione tra la Confederazione Svizzera e il Regno Unito della Gran Bretagna e dell'Irlanda del Nord concernente la collaborazione in ambito fiscale, Conclusa il 6 ottobre 2011, Protocollo di modifica del 20 marzo 2012, Approvata dall'Assemblea federale il 15 giugno 2012, Entrata in vigore mediante scambio di note il 1° gennaio 2013, RS 0.672.936.74.

⁸⁷ Accordo di cooperazione tra la Svizzera e gli Stati Uniti d'America per l'applicazione agevolata della normativa FATCA, Concluso a Berna il 14 febbraio 2013, Approvato dall'Assemblea federale il 27 settembre 2013, Entrato in vigore mediante scambio di note il 2 giugno 2014, RS 0.672.933.63.

⁸⁸ Legge federale sull'imposizione alla fonte in ambito internazionale (LIFI), del 15 giugno 2012, RS 672.4.

53. A richiesta dell'autorità straniera è previsto l'incasso di crediti nell'interesse del fisco straniero:

- a) dall'Accordo antifrode stipulato con l'UE, entrato in vigore anticipatamente il 2 aprile 2009⁸⁹, ma soltanto con un numero ristretto di Stati;
- b) la Convenzione sull'assistenza amministrativa.

D) Cooperazione internazionale in materia amministrativa

54. Questa forma di cooperazione può essere rilevante, dal punto di vista della diligenza bancaria esaminata in questa sede, anche nell'interesse di procedimenti avviati all'estero per titolo di abusivismo finanziario⁹⁰, infrazioni alla regolamentazione del mercato bancario e finanziario, oppure per violazione di norme amministrative antiriciclaggio.

3 Fonti, principi e contenuto delle norme di diligenza bancaria in materia fiscale

3.1 Applicabilità delle norme di diligenza antiriciclaggio

55. Sicuramente l'estesa normativa, giurisprudenza e prassi⁹¹ in applicazione dell'art. 305^{bis} CP e delle norme relative rappresenta una fonte di riferimento. Ma il "provento" delle infrazioni fiscali aggravate si differenzia talmente dal provento dei crimini di diritto comune, così da giustificare un adattamento anche delle norme di diligenza.

56. Pertanto, si deve premettere un'analisi di diritto penale relativa alla punibilità del riciclaggio connesso alle infrazioni fiscali aggravate, sulla quale fondare le conseguenti regole specifiche.

57. Sono destinatari delle norme penali e delle norme prudenziali sia le persone fisiche che le persone giuridiche. Gli obblighi di diligenza riguardanti la gestione del rischio legale e reputazionale debbono quindi essere osservati sia dalle persone fisiche che dalle persone giuridiche.

⁸⁹ *Accordo di cooperazione fra la Confederazione Svizzera, da un lato, e la Comunità europea e i suoi Stati membri dall'altro, per lottare contro la frode e ogni altra attività illecita che leda i loro interessi finanziari, concluso il 26 ottobre 2004, applicato provvisoriamente dalla Svizzera dall'8 aprile 2009, RS 0.351.926.81.*

⁹⁰ *A partire dall'entrata in vigore dell'art. 38 LBVM, ossia dal 1° febbraio 1997 fino al 2007, la FINMA ricevette 653 domande di assistenza da parte di 36 autorità corrispondenti straniere, che riguardavano 1'600 relazioni d'affari; 110 casi fecero oggetto di ricorso e di sentenza davanti al Tribunale federale (cfr. ZULAUF U./BURCKHARDT F., pp. 365 ss. e 372).*

⁹¹ *Cfr. pro multis, TAUBE T., Entstehung, Bedeutung und Umfang, p. 73 ss.*

Peraltro, già si è dovuto constatare come la prassi delle autorità giudiziarie straniere, in particolare quelle USA, abbiano applicato le norme nazionali nei confronti sia delle persone fisiche che delle persone giuridiche⁹².

3.2 Applicabilità del diritto estero

58. Oltre che in applicazione delle basi legali prudenziali di diritto svizzero, si deve rammentare che il diritto estero diventa applicabile anche ai soggetti giuridici operanti in territorio svizzero in virtù della nuova versione dell'art. 305^{bis} CP, approvata il 12 dicembre 2014. Infatti:

- a) l'art. 305^{bis} CP non discrimina fra le infrazioni fiscali aggravate a monte del reato di riciclaggio commesse in danno dell'Erario svizzero oppure dell'Erario straniero;
- b) il cpv. 3 dell'art. 305^{bis} CP prevede la punibilità del riciclaggio commesso in territorio svizzero anche riguardo al provento di infrazioni commesse in territorio estero che vengono qualificate come "delitto fiscale qualificato" secondo la definizione del n. 1^{bis} dell'art. 305^{bis} CP e delle infrazioni agli obblighi della fiscalità indiretta previste dalla nuova versione del cpv. 4 dell'art. 14 DPA.

59. Inoltre, il diritto prudenziale svizzero prevede fra i rischi legali anche i rischi cd. "transfrontalieri" che tengono conto, secondo la suddetta prassi della FINMA, del rischio legale e reputazionale connesso a procedimenti avviati da parte di autorità all'estero⁹³. È ben vero che nel Rapporto annuale 2013 della FINMA si legge quanto segue⁹⁴: "*Les lois suisses régissant les marchés financiers n'exigent pas explicitement des établissements financiers assujettis à la surveillance de la FINMA qu'ils respectent le droit étranger. De surcroît, jusqu'à aujourd'hui, le droit suisse n'interdit pas aux banques d'accepter des avoirs non fiscalisés*".

⁹² Con riferimento al mercato italiano, che è quello più importante per la piazza bancaria e finanziaria ticinese, permangono acute preoccupazioni anche per il fatto che, ancora in occasione della presentazione, del 23 febbraio 2015, della cd. Road Map tra la Svizzera e l'Italia, non è stata fornita nessuna assicurazione riguardo ai rischi legali e reputazionali del passato nei confronti degli intermediari finanziari operativi in territorio svizzero. Anzi, è stata addirittura introdotta una specie di rovesciamento dell'onere della prova secondo il cap. 2.2.6., laddove si legge fra l'altro "Pursuant to Italian or Swiss law, respectively, their cooperative attitude in the regularization of the past will be positively taken into consideration in the evaluation of their behavior, whenever it will be necessary"; pro multis cfr. VALLEFUOCO V., pp. 23 ss. e 31: "Oggi lo scenario è radicalmente cambiato: dall'entrata in vigore della norma il soggetto che detiene attività all'estero non dichiarate che superino le soglie di rilevanza penale, secondo alcuni autori potrebbe essere imputato oltre che del reato tributario anche di auto-riciclaggio, e così chiunque a titolo di concorso lo abbia aiutato a compiere tale reato. È stato necessario, quindi, che senza incertezze interpretative anche gli operatori esteri e per essi le loro aziende datrici di lavoro, possano valutare i reali effetti della procedura di collaborazione volontaria italiana".

⁹³ Così si legge testualmente nel Rapporto FAQ allegato alla Comunicazione FINMA 37/2012: "al fine di identificare, misurare, valutare e gestire i rischi derivanti dalle operazioni transfrontaliere devono essere considerati in linea di principio tutti gli ambiti giuridici elencati nel documento di posizione. Tra questi rientrano in particolare anche il diritto fiscale e il diritto penale connesso. Ciò è rilevante soprattutto se e quando gli ordinamenti giuridici esteri e gli organi incaricati della rispettiva attuazione considerano determinate azioni o omissioni da parte di istituti finanziari come concorso penale in reati fiscali, ma importanti anche per le prestazioni che vengono fornite esclusivamente in Svizzera" (FINMA, Rischi giuridici e di reputazione, p. 1).

⁹⁴ FINMA, Rapporto annuale 2013, p. 26.

In realtà, l'intera prassi riguardante gli obblighi di gestione del rischio legale e reputazionale transfrontaliero presuppone non solo la conoscenza, bensì anche l'osservanza del diritto penale e fiscale straniero: *"Ein Geschäftsmodell, bei dessen Umsetzung die Organe und Mitarbeiter riskieren, in ausländischen Gefängnissen zu landen, ist nicht nachhaltig"*⁹⁵.

60. Come già in applicazione delle norme di prevenzione antiriciclaggio successive all'entrata in vigore della punibilità del riciclaggio del provento di crimini di diritto comune, per la banca ed altri intermediari finanziari, il cliente a rischio anche se soltanto per ragioni fiscali si trasforma automaticamente in un rischio per l'intermediario finanziario. Pertanto, nei suoi confronti, devono essere adottate tutte le classiche misure antiriciclaggio, ossia, come verrà esposto in dettaglio nella Terza parte:

- a) la verifica della conformità fiscale;
- b) l'obbligo di raccogliere informazioni complementari e di corroborare le informazioni raccolte grazie alla validazione in base ad un'altra fonte di informazione⁹⁶;
- c) la segregazione dei clienti e delle transazioni in diverse categorie di rischio;
- d) gli obblighi di segnalazione;
- e) la sospensione o l'interruzione della relazione contrattuale e d'affari;
- f) l'astensione da qualsiasi azione o omissione che possa essere considerata come un concorso a favore delle infrazioni fiscali commesse dal cliente, oppure come riciclaggio in relazione alle medesime.

3.3 Applicabilità nello spazio

61. Secondo la prassi della FINMA già applicata riguardo ad altre norme, non è ammesso per una banca svizzera mettere in atto dei modelli d'affari o singole operazioni fuori dal territorio svizzero che non siano ammesse nel territorio svizzero, in specie tramite filiali, succursali, società partecipate o correlate. Ciò è peraltro previsto esplicitamente nell'ORD-FINMA antiriciclaggio (artt. 5 e 6). Pertanto, la gestione del rischio legale e reputazionale, riguardo alle filiali o succursali o altre entità all'estero che rientrano nel perimetro di rischio consolidato, si deve condurre non soltanto in relazione al diritto locale, bensì anche in relazione al diritto svizzero.

⁹⁵ ZULAUF U., p. 39. Nella decisione della FINMA datata 11 gennaio 2010, si legge tra l'altro, proprio in tema di irrepressibilità (Gewähr): *"La violazione del diritto prudenziale estero o di altre norme estere da parte di banche sottoposte a vigilanza può comportare notevoli rischi giuridici e di reputazione che vanno ridotti con misure adeguate. Di queste misure fanno parte, in particolare, le istruzioni concernenti l'attività consentita nei Paesi in cui si opera"* (FINMA, Bulletin 1/2010, p. 105).

⁹⁶ Cfr. gli esempi menzionati da BIZZOZZERO A., p. 139 ss.

3.4 Applicabilità temporale

62. È ben vero che, in virtù del divieto dell'applicabilità retroattiva delle norme penali, sia l'art. 305^{bis} CP che l'art. 14 DPA nella loro formulazione approvata il 12 dicembre 2014, esplicano i loro effetti esclusivamente a partire dalla rispettiva entrata in vigore e non retroattivamente. Anzi, questo principio è stato esplicitato nella Disposizione transitoria (meglio "di diritto intertemporale") della Legge di approvazione della codificazione delle Raccomandazioni del GAFI esplicitando che "L'art. 305^{bis} non si applica ai delitti fiscali qualificati menzionati dall'art. 305^{bis} n. 1^{bis} che sono stati commessi prima della sua entrata in vigore".

Rimangono però punibili, a partire dell'entrata in vigore del nuovo art. 305^{bis} n. 1^{bis} CP, dei comportamenti, attivi oppure omissivi, che, se considerati indipendentemente, costituiscono a se stanti riciclaggio del provento di un delitto fiscale qualificato⁹⁷.

63. Per contro, dal punto di vista del diritto prudenziale, l'obbligo della gestione del rischio legale e reputazionale sussiste già dall'entrata in vigore della norma relativa, nonché della norma sulla garanzia di attività irreprensibile, ed anche, al più tardi, per quanto riguarda la gestione del rischio legale e reputazionale transfrontaliero, a partire dalla presa di posizione datata 22 ottobre 2010 della FINMA.

3.5 Portata riguardo ai contribuenti fiscali svizzeri

64. Questo capitolo non è superfluo anzitutto poiché, da alcuni anni, a livello politico e dei *mass media* viene attribuita priorità alla lotta contro l'evasione fiscale riguardante i contribuenti fiscali di altri Paesi. Si tratta di una tendenza insidiosa, poiché tende a mettere in ombra le norme di diritto penale-fiscale svizzero attualmente vigenti. Parimenti, l'analisi fondata sul rischio prevista dalla strategia antiriciclaggio riguarda ovviamente la conformità fiscale non soltanto dei contribuenti esteri, ma anche dei contribuenti svizzeri⁹⁸. Inoltre, la violazione degli obblighi fiscali da parte di contribuenti fiscali svizzeri non rappresenta un rischio così remoto, considerando almeno il seguente criterio: dal 1° gennaio 2010 vennero inoltrate al fisco svizzero circa 30'000 autodenuche riguardanti complessivamente un volume di circa 13.5 miliardi di fr.⁹⁹. Infine, riguardo al rischio relativamente ai contribuenti svizzeri si deve tenere conto delle modifiche prospettate nell'ambito della revisione generale del diritto fiscale-penale svizzero. Proprio con riferimento a questa revisione si prevede anche che dovrà cessare la disparità di trattamento a sfavore delle autorità fiscali svizzere riguardo all'utilizzazione delle informazioni che si presume scaturiranno dalle nuove forme di cooperazione internazionale in materia fiscale¹⁰⁰.

⁹⁷ Si tratta della cd. "Folgetat", cfr. BARTHOLET O., pp. 383 ss. e 403.

⁹⁸ Cfr. MATTEOTTI R./BOURQUIN G./MANY S., p. 688, tenendo presente che le considerazioni descritte al capitolo "Probleme mit Abschleichern" (p. 708) ovviamente non riguardano soltanto i contribuenti stranieri, bensì anche i contribuenti svizzeri.

⁹⁹ Cfr. *Tages Anzeiger* dell'11 maggio 2015. In occasione del dibattito del Consiglio nazionale del 16 settembre 2014, l'on. Margret Kiener Nellen formulò l'ipotesi di un volume complessivo sottratto di 100 miliardi di fr. fondandosi sull'ipotesi dell'omissione di dichiarazione del 23% di tutti i redditi formulata da SCHNEIDER F./TORGLER B./SCHALTEGGER C., p. 1 ss.

¹⁰⁰ SCHODER C., N 286 ad Art. 21 in fine.

65. Gli artt. 305^{bis} CP e 14 cpv. 4 DPA, nella loro formulazione approvata il 12 dicembre 2014, non discriminano fra contribuenti svizzeri e contribuenti stranieri. Inoltre, le norme legali sulle quali si fonda la suddetta prassi della FINMA parimenti non discriminano fra contribuenti svizzeri e contribuenti stranieri, ad eccezione, ovviamente, della prassi riguardante la gestione dei rischi legali e reputazionali di carattere transfrontaliero.

66. Ad accrescere i rischi legali a questo riguardo si deve tenere conto dei poteri che sono già attualmente attribuiti dall'art. 190 ss. LIFD alla Divisione affari penali e inchieste dell'Amministrazione federale delle contribuzioni (AFC) con facoltà di condurre indagini anche di carattere bancario anche mediante interrogatorio di funzionari di banca, mediante sequestro di dati coperti dal segreto bancario e sequestro di averi patrimoniali presso banche.

3.6 Relazioni d'affari preesistenti ("*Legacy*", "*Altlasten*")

67. Gli artt. 305^{bis} CP e 14 cpv. 4 DPA nella loro nuova formulazione approvata il 12 dicembre 2014 non discriminano fra averi patrimoniali affidati e/o gestiti da intermediari finanziari in territorio svizzero già esistenti al momento della loro rispettiva entrata in vigore oppure depositati o affidati successivamente alla loro entrata in vigore. Pertanto, qualsiasi azione od omissione che venga compiuta riguardo ad averi patrimoniali che rientrano nelle infrazioni fiscali aggravate previste dalle due norme suddette, in base alle quali è punito il riciclaggio del loro provento, fanno scattare la punibilità. Ciò vale, ovviamente, soltanto nella misura in cui questi averi patrimoniali siano provento d'infrazioni fiscali aggravate commesse successivamente alla loro entrata in vigore. P. es., si tenga presente che, secondo l'interpretazione (a nostro avviso eccessivamente estensiva) del Messaggio GAFI del Consiglio federale, è punibile per riciclaggio commesso in territorio svizzero, ovviamente soltanto a partire dall'entrata in vigore dell'art. 305^{bis} CP, anche il provento della "*mera sottrazione fiscale commessa all'estero*"¹⁰¹. Se il Ministero pubblico della Confederazione oppure il Ministero pubblico di un Cantone dovesse applicare l'art. 305^{bis} cpv. 3 CP in conformità della regola interpretativa suddetta, scatterebbe la punibilità per riciclaggio nella misura in cui gli averi patrimoniali esistenti non fossero stati dichiarati all'autorità fiscale straniera conformemente agli obblighi vigenti nel Paese di residenza del cliente. Sempre riguardo ai valori patrimoniali non dichiarati fiscalmente che fossero preesistenti all'entrata in vigore del nuovo art. 305^{bis} n. 1^{bis} CP, la dottrina¹⁰² pone anche il problema della compatibilità fra, da un lato, l'obbligo di segnalazione al MROS e, d'altro lato, il principio "*nemo tenetur se ipsum detegere aut accusare*".

¹⁰¹ CONSIGLIO FEDERALE, *Messaggio GAFI*, p. 627.

¹⁰² MATTEOTTI R./MANY S., n. 21 ss., n. 28.

68. Comunque, per gli averi patrimoniali esistenti nel sistema bancario svizzero dopo l'avvio da parte della FINMA della sua strategia fondata sull'obbligo della gestione del rischio legale e reputazionale transfrontaliero, a partire dall'entrata in vigore degli artt. 305^{bis} CP e 14 cpv. 4 DPA si materializzerebbe un rischio legale e reputazionale perlomeno di carattere amministrativo. Dopo molti tentennamenti nel corso degli anni 2013/2014, nel 2015 si è constatata una quasi completa armonia fra tutte le banche applicando la prassi di bloccare quasi completamente qualsiasi operatività riguardante averi patrimoniali di contribuenti stranieri non conformi fiscalmente¹⁰³.

69. Coerentemente con la progressione dei lavori legislativi preparatori relativi alla punibilità del riciclaggio connessa alle infrazioni fiscali aggravate, la prassi bancaria si è andata modificando in modo restrittivo finché, nel 2015, ossia dopo l'approvazione, il 12 dicembre 2014, della nuova versione dell'art. 305^{bis} CP e dell'art. 14 cpv. 4 DPA, si è giunti, praticamente, salvo qualche tentennamento isolato, al congelamento delle transazioni richieste da parte di contribuenti stranieri. In realtà mal si comprende questa limitazione tendente ad escludere l'applicazione delle norme di gestione del rischio legale e reputazionale nei confronti delle infrazioni fiscali commesse in danno dell'Erario svizzero. Ciò significa negligenza il rischio del perseguimento penale per complicità nelle relative infrazioni fiscali commesse da parte di contribuenti svizzeri¹⁰⁴. Quando poi la banca abbia a che fare con clienti che si sospetta concretamente possano appartenere alla categoria dei "fuggitivi per ragioni fiscali"¹⁰⁵ (cd. "Abschleichen") allora si applica la diligenza già espressa nella dottrina più recente¹⁰⁶.

¹⁰³ MATTEOTTI R./MANY S., n. 30.

¹⁰⁴ "Faktisch müssten die Banken unter Umständen also ihre eigenen Mitarbeiter ans Messer liefern, würden sie untätig bis zur Inkraftsetzung der GwG-Revision zuwarten. Hinzu kommt, dass sich die Bank respektive ihre Mitarbeiter zusätzlich der Beihilfe zu Steuerdelikten betreffend die bis zu diesem Zeitpunkt verstreichenden Steuerperioden strafbar machen. Abwarten ist daher keine ernsthafte Option. Die wohl sinnvollste Möglichkeit ist das Hinwirken auf eine Selbstanzeige des Kunden gemäss Art. 175 Abs. 3 i.V.m. 186 Abs. 3 DBG, welche gestützt auf Art. 181a und Art. 177 Abs. 3 i.V.m. Art. 186 Abs. 3 DBG auch von den Banken und ihren Mitarbeitern in Anspruch genommen werden kann, wobei hier zu bedenken ist, dass lediglich eine erstmalige Selbstanzeige strafbefreiend wirkt. Zudem ist die Selbstanzeige nur möglich, wenn die angezeigte Hinterziehung keiner Steuerbehörde bekannt ist. Selbstanzeigen von Banken, Bankmitarbeitern und Bankkunden sind daher zeitlich aufeinander abzustimmen bzw. müssen gleichzeitig erfolgen, wenn alle Beteiligten in den Genuss der mit der Selbstanzeige gewährten Privilegien gelangen wollen. Doch wie ist zu verfahren, wenn der Kunde ein solches Vorgehen ablehnt?", in: MATTEOTTI R./BOURQUIN G./MANY S., p. 700.

¹⁰⁵ Si tratta dei cd. "zur Tat geeigneten Kunden" secondo BARTHOLET O., p. 398.

¹⁰⁶ "Die Bank gerät wiederum in ein Dilemma, da sie mit Blick auf die Einführung des AIA annehmen muss, dass der Abschleicher das Konto saldieren möchte, um weiterhin Steuern zu verkürzen. Nur wenn ein solcher Verdacht im Rahmen einer risikobasierten Überprüfung der Steuerkonformität des Kunden entkräftet werden kann, darf die Bank beim Saldieren des Kontos ohne Weiteres Hand bieten. Kann der Verdacht nicht entkräftet werden und entspricht die Bank dem Wunsch ihres Kunden trotzdem, indem sie aufgrund der Saldierung des Kontos die entsprechenden Vermögenswerte in einen anderen Staat transferiert oder bei der Konvertierung in nicht bankfähige Vermögenswerte Hilfe leistet, so begeht sie erneut eine Beihilfehandlung zu einem Steuerdelikt und erfüllt allenfalls zusätzlich den Tatbestand der Geldwäscherei nach ausländischem Recht", in: MATTEOTTI R./BOURQUIN G./MANY S., p. 708.

3.7 Presa in considerazione di accordi internazionali fra la Svizzera e altri Paesi

70. Le azioni oppure omissioni messe in atto in territorio svizzero allo scopo di eludere in modo fraudolento gli obblighi da parte del contribuente straniero sanciti non soltanto dal suo diritto fiscale nazionale bensì anche da Accordi internazionali ai quali ha aderito la Svizzera possono far scattare la punibilità per riciclaggio. Ci si riferisce in particolare agli obblighi previsti dagli Accordi internazionali seguenti:

- a) gli Accordi secondo il modello Rubik con l'Austria e il Regno Unito;
- b) l'AFisR;
- c) l'Accordo FATCA riguardante i contribuenti USA;
- d) gli Accordi fra la Svizzera e l'UE riguardanti l'Adesione allo spazio di Schengen, risp. la lotta contro la frode in danno agli interessi finanziari dell'UE relativamente all'incasso dei crediti fiscali (cfr. anche "Riciclaggio Unione europea");
- e) i futuri Accordi riguardanti lo scambio automatico di informazioni secondo il modello dell'OCSE;
- f) la Convenzione sull'assistenza amministrativa.

3.8 Misure organizzative raccomandate dalla FINMA

71. La banca intrattiene relazioni contrattuali e di affari con un numero indeterminato di persone appartenenti alla categoria della clientela con la quale è stato stabilito un rapporto contrattuale che, nella sua sostanza, si riconduce a quello del contratto di mandato. Si tratta spesso di centinaia di migliaia di clienti. Nei loro confronti, come descritto nei capitoli precedenti, la banca deve adottare e rispettare regole di diligenza di carattere generale e regole di diligenza di carattere specifico, ossia adattate alle caratteristiche di ogni cliente, specialmente in relazione al regime fiscale al quale questi è assoggettato nel corso della sua relazione d'affari con la banca. Proprio a causa del numero elevato di relazioni di clientela, la banca, come parimenti ogni altro intermediario finanziario che si è dotato di una struttura imprenditoriale, deve mettere in opera tutte le misure organizzative necessarie per garantire costantemente il rispetto delle regole di diligenza, siano esse quelle generali oppure quelle previste dai regolamenti interni di ogni banca.

72. Le misure organizzative, dal punto di vista della loro portata e degli strumenti di messa in opera, di aggiornamento, di vigilanza e di sanzione in caso di violazione, necessariamente variano a seconda della natura e della dimensione di ogni banca e del suo mercato. Ciò malgrado, alcune regole hanno carattere generale. La FINMA si è preoccupata di mettere a disposizione una serie di regole che, proprio perché emanano dalla FINMA, hanno carattere di raccomandazione. Poiché la mancata o insufficiente applicazione di queste raccomandazioni può dar luogo a interventi di carattere amministrativo tendenti al ripristino della situazione legale conforme (art. 31 LFINMA), le stesse vanno considerate come di carattere obbligatorio. A questo scopo ci si deve riferire alla comunicazione FINMA, datata 19 giugno 2012, che inizia con riferimento esplicito proprio alla ormai famosa Presa di posizione della FINMA sui rischi giuridici e di reputazione pubblicata il 22 ottobre 2010.

73. Anzitutto, nel Rapporto FAQ della FINMA si precisano le competenze riguardo all'attuazione di una gestione adeguata dei rischi "cross border" sottolineando quanto segue:

- a) le decisioni strategiche di principio nella gestione dei rischi incombono all'organo preposto all'alta direzione, alla sorveglianza e al controllo ossia, nell'ambito di una società anonima, al consiglio di amministrazione. Una delle tipiche misure adottate per facilitare l'esercizio di questa funzione consiste nella nomina, fra i membri del consiglio di amministrazione, di almeno una persona che disponga di formazione e lunga esperienza in questa materia. In particolare viene menzionato l'obbligo di includere i rischi giuridici e di reputazione nella categoria dei cd. "rischi rilevanti" così come previsto nella Circolare FINMA 2008/24¹⁰⁷;
- b) alla direzione della banca incombe il compito di "sviluppare processi adeguati tesi ad identificare, misurare, quantificare, valutare e controllare i rischi assunti nelle operazioni transfrontaliere alle quali deve essere conferita una notevole importanza per la determinazione della tolleranza al rischio, alla definizione dei Paesi target e alle conseguenti strategie di trattamento del mercato"¹⁰⁸. Le conseguenze sono ovvie: la conoscenza di un determinato mercato palesa spesso la tendenza alla violazione sistematica degli obblighi fiscali, come risulta p. es. paragonando le abitudini fra i Paesi europei nord-alpini, da una parte, a quelle di Paesi europei mediterranei dall'altra parte. Ma altrettanto si può dire rispetto a determinati Paesi dell'Europa orientale, del Medio Oriente e di altri continenti. Anche in direzione generale, ormai in modo sempre più generalizzato, proprio per queste ragioni, viene inserita una persona con un profilo di formazione e pluriennale esperienza non tanto su un determinato mercato quanto sulle modalità di gestire i rischi più tipici che ne derivano dal punto di vista della conformità legale.

74. Come già sperimentato per la gestione di rischi di altra natura, l'istruzione permanente e aggiornata delle risorse umane ed in particolare dei consulenti costituisce un pilastro indispensabile. Secondo il Rapporto FAQ, la messa a disposizione dei cd. "sistemi di semaforo (Country Manual, liste di controllo, do's & don'ts) linee guida che indicano quali attività siano consentite in un determinato Paese" non è sufficiente. Il Rapporto FAQ precisa in modo categorico che i documenti suddetti "non possono sostituire le misure organizzative come le restrizioni ai mercati target selezionati, la costituzione di team specializzati per il Paese o l'impiego di consulenti"¹⁰⁹. Viene richiesta la formazione di "esperti appositamente formati in materia"¹¹⁰, non solo per istruire i consulenti e consigliarli, ma anche per "restare a loro disposizione per eventuali domande"¹¹¹. Proprio per adempiere a questi obblighi, parecchie banche hanno deciso (e qualcuna lo ha anche annunciato pubblicamente) di rinunciare alla operatività con clienti residenti in determinati Paesi che sono considerati come ad elevato rischio oppure tali da generare costi di istruzione interna e di vigilanza che risultano sproporzionati rispetto all'importanza della clientela di questi Paesi, risp. al volume dei depositi e, quindi, al reddito generato dagli stessi.

¹⁰⁷ FINMA, *Sorveglianza e controllo interno*, p. 1 ss.

¹⁰⁸ FINMA, *Rischi giuridici e di reputazione*, p. 2.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ *Ibidem*.

75. Gli obblighi suddetti, esposti al cap. 4 del Rapporto FAQ, vengono poi ulteriormente precisati nel cap. 5, aggiungendo che l'obbligo di rivedere la gestione di clienti tramite i cd. "test geografici" può in taluni casi necessitare anche del supporto di *"team con una adeguata specializzazione o di esperti in materia"*¹¹², precisando che *"di norma è inconcepibile che un consulente possa specializzarsi in diversi Paesi ed occuparsene attivamente, senza che ne derivi un'esposizione a rischi giuridici più elevati"*¹¹³.

76. Come avviene anche per la gestione dei rischi in altri settori, ogni banca deve dotarsi di regole interne adattate alle sue dimensioni, ai suoi scopi imprenditoriali e ai mercati nei quali opera. Queste regole interne devono tener conto della legislazione svizzera ma anche di quella vigente nei mercati nei quali si è operativi. La conformità alla legislazione di un determinato Paese, Svizzera compresa, comprende evidentemente anche la presa in considerazione delle norme di esecuzione e di applicazione emanate da parte dell'Autorità di vigilanza nonché della relativa giurisprudenza, nonché, d'altra parte, anche della cd. *soft law*, ossia dei codici di condotta e delle regolamentazioni emanate da parte degli organismi di autodisciplina come pure dalle organizzazioni professionali di categoria.

77. Nel cap. 6 del Rapporto FAQ si precisa anche che *"un istituto deve stabilire per iscritto le modalità di gestione dei clienti esistenti e futuri provenienti dai mercati che non sono qualificati come mercati target e che pertanto non sono coperti da una analisi dettagliata e specifica del Paese. Tra questi rientrano anche i requisiti per l'accettazione di tali clienti. Di conseguenza è necessario, per tutti gli istituti, che vengano elaborate e attuate regole di base, da applicare nella gestione di tutti i clienti esteri che non sono gestiti attivamente. Tutto ciò in aggiunta alle regole per i mercati e i clienti che vengono acquisiti e gestiti attivamente a livello transfrontaliero e che di norma comportano un rischio proporzionalmente più elevato"*¹¹⁴.

78. Il cap. 7 del Rapporto FAQ vieta esplicitamente i sistemi di remunerazione variabile che abbiano *"un peso sproporzionato o un effetto leva eccessivo sull'ammontare della remunerazione"*¹¹⁵. Viene privilegiata la remunerazione variabile a favore dei criteri *"che stimolano in generale una buona compliance e, nello specifico, l'osservanza delle direttive interne relative alle attività finanziarie e transfrontaliere consentite o meno"*¹¹⁶. Conseguentemente viene raccomandato un sistema di sanzioni che, a seconda della loro gravità, prevedano anche la riduzione o la decadenza del diritto alla remunerazione variabile.

79. Il cap. 8 del Rapporto FAQ prevede esplicitamente che *"i sistemi di controllo e di sanzione devono essere entrambi formalizzati e documentati"*¹¹⁷ e che gli stessi debbano essere *"sistemati, trasparenti e dissuasivi"*¹¹⁸.

¹¹² *Ibidem*.

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ FINMA, *Rischi giuridici e di reputazione*, p. 3.

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ *Ibidem*.

¹¹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸ *Ibidem*.

80. Il Rapporto FAQ dedica i suoi cap. da 9 a 12 alle misure necessarie per la collaborazione con i gestori patrimoniali esterni, tra le quali spiccano le seguenti:

- a) come già riguardo ai rischi di altra natura, la relazione d'affari ed anche contrattuale che viene instaurata da una banca con un gestore patrimoniale esterno, ma anche con altri intermediari finanziari esterni, come p. es. avvocati, *introducing brokers*¹¹⁹ ecc., devono essere catalogate fra le categorie a rischio accresciuto, specialmente poi quando debba "essere applicato il diritto prudenziale estero in seguito alla collaborazione"¹²⁰, giungendo a rammentare "il rischio che le autorità estere possano considerare responsabile l'istituto per le violazioni del gestore patrimoniale esterno qualora il diritto estero – a differenza di quello svizzero – non operi alcuna distinzione di principio tra l'ambito di responsabilità dell'istituto e quello del gestore patrimoniale esterno"¹²¹;
- b) poiché non raramente qualche banca ha ritenuto nel passato di avvalersi di collaboratori esterni, p. es. procuratori di clienti e di affari¹²², nonché società addette al trasporto transfrontaliero di valuta (a scopo di elusione della politica interna commerciale), nel cap. 10 del Rapporto FAQ si precisa esplicitamente che "un istituto assoggettato deve pretendere che i gestori patrimoniali esterni (e anche gli altri intermediari finanziari esterni, sia in Svizzera che all'estero) prestino la stessa attenzione ai rischi connessi a tali operazioni di quella prestata dall'istituto stesso"¹²³. Si concretizza anche in questo ambito il principio fondamentale dell'applicazione generale e consolidata della politica di gestione del rischio da parte di ogni singolo istituto sottoposto alla vigilanza della FINMA;
- c) proprio in considerazione dei rischi accresciuti che sono connessi all'operatività mediante altri intermediari finanziari esterni, al cap. 11 del Rapporto FAQ si prevede obbligatoriamente: l'elaborazione e formalizzazione di criteri di selezione, specialmente dal punto di vista dell'applicazione della *due diligence* ed in applicazione del principio "Know Your Intermediary". In particolare si deve tenere conto dei rischi che già si sono materializzati riguardo alla politica dei rischi e alla struttura organizzativa dell'intermediario finanziario esterno. Si devono quindi considerare eventuali trascorsi giuridici oppure procedimenti pendenti di fronte alle autorità svizzere oppure estere. Ciò ha per effetto di escludere dal novero della collaborazione proprio quegli intermediari finanziari esterni, ai quali una banca si è tradizionalmente rivolta, magari per anni, proprio perché questi ultimi fornivano prestazioni esplicitamente o implicitamente finalizzate a favorire le richieste di clienti che non fossero conformi fiscalmente;
- d) viene raccomandata "la creazione di speciali unità organizzative che gestiscono centralmente le relazioni d'affari con gli altri intermediari finanziari esterni, anche allo scopo di verificare, a cadenza periodica, nel corso della relazione d'affari, se sussistono segnali che i criteri non sono più rispettati"¹²⁴;

¹¹⁹ FINMA, *Rischi giuridici e di reputazione*, p. 4.

¹²⁰ *Ibidem*.

¹²¹ *Ibidem*.

¹²² Mediante decisione datata 22 agosto 2014, la FINMA ha concluso un procedimento amministrativo contro una banca per insufficiente vigilanza nei confronti di un procuratore d'affari (FINMA, *Rapporto sull'enforcement*, *Decisione 12* a p. 18).

¹²³ FINMA, *Rischi giuridici e di reputazione*, p. 4.

¹²⁴ FINMA, *Rischi giuridici e di reputazione*, p. 5.

- e) inoltre, viene raccomandata la menzione degli obblighi suddetti nei rapporti contrattuali di collaborazione con gli altri intermediari finanziari, prevedendo istruzioni specifiche;
- f) secondo il cap. 12 non è necessario che l'istituto assoggettato controlli attivamente se l'altro intermediario finanziario esterno osserva gli obblighi previsti dall'accordo contrattuale di cooperazione, deve però *"agire attivamente se viene a conoscenza di procedure che lasciano presagire che il partner d'affari violi gli obblighi che ha assunto nei confronti dell'istituto in relazione alle operazioni finanziarie transfrontaliere"*¹²⁵. È vietata la tolleranza tacita di violazioni, per cui si raccomanda, a seconda dei casi, di rifiutare i clienti proposti oppure di interrompere una relazione d'affari che sia diventata dubbiosa;
- g) una misura come quella suddetta potrebbe dover essere adottata, p. es., nei confronti di quegli intermediari finanziari esterni che non siano al beneficio della licenza necessaria per operare in territorio svizzero oppure in territorio straniero¹²⁶.

81. Fra le misure di carattere organizzativo rientra tipicamente l'adozione di regole interne che, secondo l'art. 9 cpvv. 2 e 3 OBCR¹²⁷, devono prevedere anche *"i processi relativi alla collaborazione con i gestori patrimoniali esterni e altri intermediari finanziari esterni"*¹²⁸.

3.9 Misure organizzative e responsabilità penale dell'impresa¹²⁹

82. La responsabilità penale dell'impresa viene disciplinata in modalità formali e materiali molto diverse a seconda dei diversi Paesi. P. es., il diritto italiano vi ha dedicato un'intera legge (L. n. 231/2001), mentre il legislatore svizzero ha ritenuto di risolvere il problema mediante un solo articolo, e precisamente l'art. 102 CP¹³⁰.

83. Dal punto di vista della gestione del rischio, in relazione alla conformità fiscale della clientela diventa pertanto indispensabile anche la conoscenza delle norme riguardanti la responsabilità penale dell'impresa vigenti nel territorio estero dove sono residenti i clienti della banca svizzera oppure dove quest'ultima opera con una propria sede, filiale o succursale oppure società correlata.

84. Per quanto riguarda l'art. 102 CP, l'approvazione e la successiva entrata in vigore della nuova versione dell'art. 305^{bis} n. 1^{bis} CP e dell'art. 14 cpv. 4 DPA assume una portata estremamente rilevante. Consideriamo, per semplicità, che l'art. 102 CP renda punibile un'impresa qualora nel suo interno, oppure tramite la stessa, venga compiuto uno dei reati previsti nell'elencazione esaustiva dell'art. 102 n. 2 CP e ciò sia da mettere in relazione

¹²⁵ *Ibidem*.

¹²⁶ *Ibidem*.

¹²⁷ Cfr. *le decisioni nei confronti di banche e dirigenti delle stesse a causa di insufficiente gestione del rischio legale e reputazionale, dovuta ad un insufficiente controllo dell'attività del gestore patrimoniale esterno (FINMA, Rapporto sull'enforcement, Decisione 6, p. 15; Decisione 14, p. 19)*.

¹²⁸ FINMA, *Rischi giuridici e di reputazione*, p. 5.

¹²⁹ *Ci si attende la ricaduta di numerose novità riguardo alla prassi bancaria come descritto, tra l'altro, da ACKERMANN J.-B., p. 133 ss.; HILF M. J., p. 175 ss.*

¹³⁰ *Per contro, rilevanza minore hanno le norme storiche materializzate nell'art. 6 DPA e nell'art. 125 LD.*

all'esistenza dei cd. "difetti organizzativi". Orbene, siccome sin dalla sua entrata in vigore, il 1° ottobre 2003, l'art. 102 CP prevede nell'elenco esaustivo di questi reati anche il reato di riciclaggio, ecco che la responsabilità penale dell'impresa può scattare anche in relazione al riciclaggio previsto dall'art. 305^{bis} n. 1^{bis} CP, ossia quello correlato ai delitti fiscali qualificati.

85. Dal punto di vista del diritto svizzero, pertanto, allo scopo di comprovare l'assenza di nesso causale fra l'eventuale materializzazione del riciclaggio del "provento" di delitti fiscali qualificati, da una parte, e con "difetti organizzativi", dall'altra parte, diventa pertanto imperativo per la banca dotarsi di tutti gli strumenti organizzativi che sono previsti dalle norme legali e dalle norme professionali che concretizzano il concetto della diligenza da applicarsi in questo settore¹³¹. Assumono pertanto particolare rilevanza proprio le raccomandazioni e la prassi della FINMA, in particolare quanto previsto dalla Comunicazione FINMA, datata 19 giugno 2012, riassunta, almeno per sommi capi nei capitoli precedenti. Ciò vale, a maggior ragione anche per il contenuto della Presa di posizione della FINMA del 22 ottobre 2010, ma anche per le relative applicazioni conseguenti che sono andate via via sviluppandosi da quell'epoca, come parimenti descritto nei capitoli precedenti.

86. In generale, secondo la prassi corrente, tali direttive vengono rafforzate, nei confronti della clientela, facendovi riferimento esplicito anche nell'ambito delle Condizioni generali d'affari (CGA). Parecchie banche già le hanno convenientemente adeguate, inserendovi clausole destinate più che altro a prevenire contenziosi giudiziari della clientela sul piano del diritto civile. In questo modo si garantisce l'informazione della clientela riguardo alla necessità di restrizioni della libertà di disporre e quindi al diritto di proprietà, nonché riguardo all'osservanza delle regole relative al segreto bancario e alla confidenzialità che siano dovute a obblighi di diritto prudenziale, amministrativo e penale, con speciale riguardo alle vertenze che sorgono a causa del conflitto fra obblighi di diritto civile e obblighi di diritto d'altra natura¹³².

87. Come noto, l'art. 102 CP viene spesso definito come "una tigre di carta" per il fatto che, dalla sua entrata in vigore, ben pochi sono stati i procedimenti penali avviati e ancora meno le sentenze di condanna di un certo rilievo. Ciò non toglie però che, proprio a causa dell'ampiezza delle attività comportamentali, per comportamento attivo oppure per omissione, che possono rientrare nel campo di applicazione del riciclaggio del "provento" di delitti fiscali qualificati, il numero di questi procedimenti penali possa aumentare, tenendo conto che gli stessi rientrano contemporaneamente nella competenza sia del Ministero pubblico della Confederazione, sia dei Ministeri pubblici cantonali. Purtroppo, si tratta di un settore nel quale sussistono tuttora incertezze di diritto materiale e di diritto procedurale, che danno luogo all'accavallarsi di procedimenti di carattere amministrativo da parte della FINMA e di procedimenti penali, cui potrebbero aggiungersi anche procedimenti di carattere fiscale. Inoltre, può ancora comportare conseguenze acute la mancata soluzione, almeno a livello giurisprudenziale, del conflitto fra, da una parte gli obblighi di comunicazione e di trasparenza delle banche nei confronti della FINMA, e dall'altra parte, il rispetto del principio "*nemo tenetur se ipsum detegere aut accusare*"¹³³.

¹³¹ SUTER C./REMUND C., p. 54, con riferimenti.

¹³² BERNASCONI P., *Avvocato, dove vado?*, p. 142 ss.

¹³³ BERNASCONI P., *Nemo tenetur, se ipsum detegere aut accusare*, p. 531 ss.

4.1 Nuovi obblighi di identificazione

88. I nuovi obblighi di identificazione introdotti dalla revisione approvata il 12 dicembre 2014 dalle Camere federali riguardano le persone politicamente esposte (PEP), secondo la nuova definizione prevista dall'art. 2a LRD, nonché la nuova categoria delle persone che sono considerate "aventi economicamente diritto di una persona giuridica operativa" secondo la definizione prevista dall'art. 2a cpv. 3 LRD e dall'art. 2 lett. f della nuova ORD-FINMA¹³⁴. La logica conseguenza di questa innovazione, ossia la revisione totale dell'ORD-FINMA, prevede di aggiungere, ad ogni norma dove si menziona "l'avente economicamente diritto ai valori patrimoniali" anche il cd. "detentore del controllo". A questo scopo, è prevista l'introduzione, nella nuova CDB, di un nuovo formulario, presumibilmente denominato Formulario K (*Kontrollinhaber*, "detentore del controllo"). Dal punto di vista della gestione del rischio legale e reputazionale connesso alla conformità fiscale, si deve tenere conto dell'eventualità che fra coloro che attualmente detengono azioni al portatore, sia contribuenti svizzeri che contribuenti stranieri, ve ne siano di quelli che non hanno dichiarato fiscalmente questo avere patrimoniale e che abbiano scelto le azioni al portatore proprio a scopo di elusione fiscale. Ne deriva pertanto un obbligo di diligenza particolare¹³⁵ in occasione della compilazione del previsto Formulario K riguardo alla formalizzazione dell'identità delle persone fisiche che rientrano in questa categoria. Allo stadio attuale è prematuro fornire ulteriori indicazioni. Si deve infatti attendere la conclusione della revisione totale della CDB, dal momento che soluzioni diverse sono ancora in discussione¹³⁶.

89. In occasione delle deliberazioni sulla codificazione delle Raccomandazioni del GAFI, le Camere federali hanno attribuito obblighi antiriciclaggio anche ai commercianti, ossia alle "persone fisiche e giuridiche che negoziano beni a titolo professionale, ricevendo in pagamento denaro contante", secondo la definizione prevista dall'art. 2 cpv. 1 lett. b LRD. Poiché tali obblighi sono stati previsti proprio allo scopo di prevenire il riciclaggio, anche quando il riciclaggio sia riferito ad infrazioni aggravate di carattere fiscale, ne derivano nuovi obblighi di diligenza a carico di tutti gli intermediari finanziari, in particolare delle banche, quando intrattengano relazioni d'affari o vengano compiute transazioni con le persone che corrispondono alla suddetta definizione di "commerciante".

¹³⁴ Ne consegue che, secondo il progetto di revisione totale dell'ORD-FINMA, ogni volta che vengano menzionati obblighi riguardanti gli aventi economicamente diritto ai valori patrimoniali, gli stessi si estendono anche alle persone che cadono sotto la definizione di "detentore del controllo".

¹³⁵ Anche se non in applicazione della LRD, bensì della legislazione fiscale federale, è rilevante rammentare la sentenza TF n. 2C_201/2014, del 2 dicembre 2014, consid. 8.2 che ha confermato la multa inflitta dall'autorità fiscale svizzera a carico di un contribuente per disobbedienza alla richiesta di rivelare il nome dell'avente diritto economico di una società di capitali svizzera, a favore della quale una fondazione del Liechtenstein aveva concesso un prestito: "Rechtsgeschäfte wie das vorliegende Darlehen zu einer besonders qualifizierten Auskunftspflicht führen, wenn sie mit juristischen Personen eingegangen wurden, die ihren Sitz in Staaten haben, welche die Bildung von fiktiven Domizilen begünstigen, was auf Liechtenstein zutrifft" (MARGRAF O., p. 110).

¹³⁶ POLLI N., p. 175 ss.

Infatti, gli appartenenti alla vastissima categoria di questa professione non sono sottoposti ad alcun obbligo di autorizzazione bensì esclusivamente all'obbligo di incaricare una società di revisione per la verifica dell'osservanza dei loro obblighi (art. 15 cpv. 1 nuova LRD). Quale scopo del riciclaggio è ipotizzabile che, per utilizzare questo spazio che è stato lasciato aperto dal legislatore riguardo alle transazioni in contanti, si possa far capo piuttosto a questa categoria di commercianti. Nella misura in cui si dovesse accertare che una persona appartenente a questa categoria dovesse praticare in modo sistematico transazioni in contanti, questa persona andrebbe categorizzata fra le relazioni a rischio accresciuto. Il legislatore non ha inteso limitare, precisandola, quest'ampia categoria, per cui gli intermediari finanziari potranno utilmente far riferimento a quelle categorie che sono menzionate da anni nei rapporti del GAFI, ossia i commercianti di pietre e metalli preziosi, i commercianti di immobili e di automobili di lusso, le case d'aste e simili. Si tenga presente che nella definizione suddetta non si differenzia fra commercianti in territorio svizzero oppure in territorio estero.

4.2 Indizi di non conformità fiscale¹³⁷

90. Una parte preponderante dei nuovi obblighi di diligenza a carico dell'intermediario finanziario determinati dalla punibilità del riciclaggio del provento di infrazioni fiscali aggravate dipende dalla constatazione di indizi fondati di non conformità fiscale, relativamente alle transazioni nonché ai depositi della clientela. Di conseguenza, preliminarmente, procediamo all'elenco dei comportamenti che, per esperienza, costituiscono indizio di non conformità fiscale, come è ben noto all'intero sistema bancario e finanziario svizzero, dal momento che¹³⁸:

- a) spesso i comportamenti oggi indizianti vennero suscitati e congiuntamente messi in atto d'intesa con il cliente, spesso per anni se non per decenni;
- b) la constatazione di questi indizi era in altri tempi, nemmeno tanto remoti, tranquillizzante, poiché permetteva di escludere gli indizi di crimini a monte di diritto comune costitutivi di infrazione pregressa del reato di riciclaggio¹³⁹;
- c) si deve anzitutto tenere conto dell'elenco degli indizi di riciclaggio di denaro che continua a figurare come allegato all'ORD-FINMA che è rimasto praticamente immutato rispetto alla versione precedente. Si noterà che anche in questo elenco non vengono indicati gli indizi tipicizzanti dell'infrazione fiscale semplice né dell'infrazione fiscale aggravata.

¹³⁷ Cfr. i cd. "indicatori" secondo la giurisprudenza del Tribunale amministrativo federale riguardante la rogatoria del fisco USA riprodotta in: BERNASCONI P., *Terzietà del trust*, p. 377 ss.

¹³⁸ CASSANI U., p. 24.

¹³⁹ CASSANI U., p. 24, *"De manière générale, l'ensemble des paramètres devra être réexaminé dans l'idée que les indices de défiscalisation, autrefois considérés comme anodins voire rassurants, seront devenus des indices d'un arrière-plan potentiellement criminel et donc de blanchiment d'argent"*.

91. In linea di principio, l'analisi degli indizi concreti può essere effettuata allo stesso modo sia per i contribuenti svizzeri che per i contribuenti esteri, dal momento che l'art. 305^{bis} CP e l'art. 14 cpv. 4 DPA, nella loro nuova versione, non prevedono nessuna distinzione. È però vero che l'analisi del carattere indiziante di una determinata condotta da parte del cliente non potrà prescindere dalla presa in considerazione della diversa natura degli obblighi fiscali del cliente, a seconda che si tratti di una persona fisica o di una persona giuridica sottoposta alla sovranità fiscale svizzera oppure a quella di un altro Paese che dispone di un sistema fiscale variamente coincidente o difforme da quello svizzero.

92. Dal punto di vista del diritto svizzero devono essere considerate le imposte dirette seguenti:

- a) l'imposta sul reddito e/o sulla sostanza delle persone fisiche;
- b) l'imposta sull'utile e/o sul capitale delle persone giuridiche;
- c) l'imposta sul plusvalore immobiliare.

Sono quindi escluse le imposte di donazione e successione come pure le altre imposte di diritto cantonale che non sono previste dalla LAID.

Dal punto di vista del diritto fiscale straniero devono essere prese in considerazione le imposte simili a quelle del diritto svizzero, mentre sono escluse le imposte simili a quelle svizzere che sono state appena descritte¹⁴⁰.

93. Dal punto di vista del diritto svizzero sulle imposte indirette l'intermediario finanziario deve esercitare la sua vigilanza antiriciclaggio sulle seguenti imposte:

- a) l'IVA, sia all'importazione che sulle operazioni interne e sui servizi;
- b) i diritti doganali;
- c) l'imposta preventiva;
- d) le imposte speciali al consumo, come p. es. l'imposta sui tabacchi, la birra, l'alcool o gli oli minerali.

94. L'obbligo dell'analisi degli indizi scatta al primo contatto con il cliente o con una determinata transazione. Non si può però escludere un'infrazione fiscale aggravata che venga commessa successivamente all'impostazione di una relazione d'affari. Ne consegue la necessità di una verifica periodica riguardo all'eventuale insorgenza degli indizi di non conformità fiscale¹⁴¹, riguardo a valori patrimoniali che erano conformi fiscalmente in occasione di una prima verifica, ma che possono diventare contaminati (*"unsauber"*), anche nel corso della successiva loro custodia o gestione da parte di un intermediario finanziario. Questi è quindi costretto ad un'analisi periodica (*"regelmässige Sorgfaltspflichtenprüfung"*) della loro conformità fiscale.

¹⁴⁰ SUTER C./REMUND C., p. 66.

¹⁴¹ SUTER C./REMUND C., p. 621.

95. Allo scopo di orientare gli intermediari finanziari bancari e non bancari in questa spinosa analisi, è raccomandabile far capo, oltre che alla dottrina e alla prassi, anche ad alcune regole già emanate nell'ambito della cd. "strategia del denaro fiscalmente dichiarato" ("*Weissgeldstrategie*"), malgrado che la stessa, a causa dell'opposizione nell'ambito della procedura di consultazione, non abbia ancora trovato una codificazione a livello di legge¹⁴². Inoltre, si potrà far capo anche agli elenchi di comportamenti sospetti in materia fiscale approntati in altri Paesi¹⁴³. In questo ordine di idee, numerose banche, già oggi, faranno capo anche alla formulazione prevista dall'art. 11 dell'avamprogetto LIFin¹⁴⁴.

96. La presa in considerazione di questi parametri appare fondata sull'obbligo di un'analisi della conformità fiscale fondata sul rischio ("*risk oriented*", "*risikobasierte Prüfung*"), così come sempre richiesto in materia antiriciclaggio. In questo senso sono pertanto da tenere in considerazione anche le norme che erano previste nel progetto di revisione della LRD pubblicato il 27 febbraio 2013, in particolare quelle previste dagli artt. 6a, 7a, 8, 11a, 11b, 11c.

97. Rientrano nella categoria delle condotte indizianti di elusione fiscale tutte quelle pratiche attuate per decenni, in modo sistematico, nel sistema bancario svizzero e di Paesi con una struttura bancaria analoga, ogni volta che si trattava di eludere quelle nuove misure che venivano introdotte a livello internazionale come strumenti per combattere l'evasione fiscale. Queste pratiche sono talmente notorie da meritare appena un'elencazione sommaria¹⁴⁵:

- a) spiegazioni insufficienti riguardo alla scelta del sistema bancario e finanziario svizzero rispetto al proprio Paese di residenza oppure rispetto ad altri Paesi che, a differenza della Svizzera, si attengono ai requisiti minimi dell'OCSE nella cooperazione internazionale in materia fiscale¹⁴⁶,
- b) la richiesta di misure particolari di discrezione, senza che sussistano motivi diversi da quelli di non conformità fiscale, come p. es. la richiesta di un conto cifrato oppure della convenzione "posta trattenere" (*hold mail*),
- c) il divieto di inviare corrispondenza per posta ordinaria al proprio domicilio, spesso combinato con l'accordo di inviarla presso un fiduciario o un avvocato in Svizzera,
- d) il divieto di corrispondenza telefonica o elettronica,
- e) frequenza di prelievi in contanti¹⁴⁷,

¹⁴² SUTER C./REMUND C., p. 622 s.

¹⁴³ Si veda in particolare quello utilizzato in Francia descritto nel Gutachten über Steuerstraftaten als Vorstraftaten zur Geldwäscherei des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung, 3 aprile 2013, p. 87 nota a piè di pagina n. 360.

¹⁴⁴ Legge federale sugli istituti finanziari (Legge sugli istituti finanziari, LIFin). Cfr. Bericht des Bundesrates zur Finanzmarktpolitik des Bundes (19 dicembre 2012); "Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage – Finanzplatzstrategie – erweiterte Sorgfaltspflichten zur Verhinderung der Annahme unversteuerter Vermögenswerte", del 7 febbraio 2013.

¹⁴⁵ SUTER C./REMUND C., p. 622.

¹⁴⁶ CASSANI U., p. 23: "faut-il rechercher d'autres motifs longtemps acceptés et dorénavant inadmissibles?".

¹⁴⁷ MATTEOTTI R./BOURQUIN G./MANY S., p. 689.

- f) frequenza di acquisto di oro fisico oppure di gioielli e pietre preziose di particolare valore presso commercianti residenti in Svizzera, facendosi inviare le relative fatture da addebitare a carico del conto bancario e ciò manifestamente allo scopo di eludere il divieto bancario di prelievi in contanti,
- g) accrediti frequenti a favore del conto privato di un imprenditore, che siano indiziati di distribuzione occulta di utili da parte di imprese in Svizzera o all'estero, di cui quest'ultimo sia azionista, di solito unico oppure almeno controllante,
- h) comunicazioni o indicazioni riguardanti procedimenti di carattere penale fiscale pendenti in Svizzera oppure all'estero, oppure sentenze di condanna per violazione di obblighi fiscali,
- i) mancanza di identità fra la persona indicata come titolare del conto oppure come beneficiario economico da una parte, e la persona che impartisce le istruzioni riguardanti il traffico dei pagamenti relativi al conto medesimo e, dall'altra parte, qualsivoglia condotta indiziante per l'indicazione di una persona come avente diritto economico, che non corrisponde alla realtà,
- j) investimenti di valori patrimoniali principalmente in prodotti finanziari che non sottostanno alle imposte alla fonte,
- k) rinuncia, senza motivi plausibili, a richiedere il rimborso di somme prelevate a titolo di imposta alla fonte,
- l) utilizzazione, senza altri motivi plausibili, di strutture ("*legal arrangements*" secondo la formulazione del vertice del G-20 a Brisbane del 15 novembre 2014) che notoriamente vengono utilizzate a scopo di elusione fiscale, come p. es. società non operative con sede in Svizzera oppure in Paesi *off-shore*, fondazioni di famiglia del Principato del Liechtenstein o del Panama, Anstalten del Liechtenstein, *sham trust*¹⁴⁸. Secondo la giurisprudenza svizzera¹⁴⁹ (ma non secondo quella di numerosi altri Paesi), l'interposizione di una società di sede *off-shore* non costituisce (ancora), di per sé stessa una frode fiscale secondo l'art. 186 LIFD e quindi nemmeno un inganno astuto nei confronti dell'autorità fiscale, ma soltanto nella misura in cui non si disponga di altri elementi indiziati in questa direzione¹⁵⁰,
- m) esecuzione di transazioni non immediatamente plausibili nell'ambito di settori notoriamente utilizzati per truffe carosello in danno dell'IVA, come p. es. nei settori commerciali dell'informatica, delle telecomunicazioni, dell'elettronica, ecc.¹⁵¹,
- n) mancata richiesta di estratti bancari destinati alle autorità fiscali oppure richiesta di attestati incompleti,
- o) cambiamento di residenza senza motivi plausibili che permettano di escludere motivi di elusione fiscale,
- p) cambiamento di strutture societarie senza motivi che permettano di escludere motivi di elusione fiscale,

¹⁴⁸ THÉVENOZ L., p. 165; a questo riguardo si vedano le distinzioni a seconda che si tratti di un trust revocabile o irrevocabile e/o di un trust discrezionale o non discrezionale, descritte in: SUTER C./REMUND C., p. 61.

¹⁴⁹ Cfr. sentenza TPF n. RR 2008.165, del 28 ottobre 2008, consid. 5.8.

¹⁵⁰ Cfr., più ampiamente in: MATTEOTTI R./BOURQUIN G./MANY S., p. 669 ss. Più compiutamente questo rischio viene descritto da MATTEOTTI R./MANY S., n. 20.

¹⁵¹ KRAUER-DIABY M., p. 253 ss.

- q) conferimento del patrimonio depositato in banca come versamento di premio unico per costituire polizze di assicurazione sulla vita, senza che si possano escludere motivi di elusione fiscale, del tipo "Insurance Wrappers",
- r) trasferimento totale o parziale di averi patrimoniali depositati in banca da un conto intestato ad una persona fisica, oppure da un conto cifrato, da una parte, a favore di un conto intestato ad una struttura giuridica, in specie quelle appartenenti alle categorie già utilizzate per sfuggire all'introduzione dell'AfISR,
- s) trasferimento di averi patrimoniali a favore di conti bancari intestati a membri della famiglia, a titolo di donazione, senza che venga prodotto un contratto di donazione allestito nel Paese di residenza,
- t) cambiamento dell'identità dell'avente diritto economico, mediante sostituzione del Formulario A, senza motivi plausibili altri che non quelli di elusione fiscale,
- u) informazioni da parte della clientela prive di plausibilità, p. es. in caso di informazioni contraddittorie,
- v) afflusso di fondi in provenienza da un'altra banca in Svizzera o all'estero motivato dall'introduzione presso questa banca di misure restrittive connesse alla conformità fiscale¹⁵²,
- w) esecuzione di operazioni di compensazione a scopo di elusione fiscale¹⁵³,
- x) utilizzazione di conti di transito ossia di conti sui quali transitano somme importanti ma che presentano regolarmente saldi attivi limitati¹⁵⁴.

98. Sul fronte opposto, invece, secondo la dottrina, ed anche secondo l'avamprogetto di revisione della LRD del 27 febbraio 2013, vengono considerate come condotte indizianti per un rischio ridotto di infrazione fiscale, anche aggravata, le condotte seguenti¹⁵⁵:

- a) il cliente dichiara, possibilmente per iscritto, che gli averi patrimoniali in questione sono stati oggetto di dichiarazione fiscale nonché di tassazione, oppure che lo saranno in un prossimo futuro conformemente ai termini di legge; una simile autodichiarazione acquista maggiore plausibilità nel caso in cui sia accompagnata anche da un'analoga dichiarazione o da una conferma da parte di una terza persona, in particolare un professionista, come p. es. un consulente fiscale oppure un avvocato specializzati nel diritto tributario del Paese di imponibilità fiscale del cliente, risp. del patrimonio oggetto di deposito o transazione;
- b) il cliente autorizza per iscritto l'intermediario finanziario a comunicare alle autorità fiscali tutti i dati riguardanti i suoi valori patrimoniali e le sue transazioni¹⁵⁶;

¹⁵² Si tratta dei cd. "leavers" o "Abschleicher" (cfr. note in calce n. 98 e n. 105). È notorio il caso del business model, in applicazione del quale numerose banche hanno organizzato l'accoglienza sistematica di US-Persons in partenza dall'UBS dopo il 2008; questo business model è stato sanzionato da parte della FINMA come contrario alla condizione di irreprensibilità, la quale ha decretato pertanto il divieto di esercitare la professione nei confronti del funzionario dirigente responsabile, come pure misure per il ripristino dell'organizzazione legale, in base all'art. 31 LFINMA. Cfr. le relative decisioni in: FINMA, Rapporto sull'enforcement, pp. 17 e 20. In questo settore, ancora una volta, il segreto bancario svizzero e specialmente quello prudenziale, si dovranno necessariamente adeguare alle iniziative di autorità straniere sul mercato bancario e finanziario e fiscale.

¹⁵³ FINMA, Rapporto sull'enforcement, Decisione datata 4 luglio 2014, p. 17.

¹⁵⁴ GAFI, Carousel Fraud, p. 15.

¹⁵⁵ Cfr. gli esempi menzionati da SUTER C./REMUND C., p. 74.

¹⁵⁶ A questo scopo un modello standard è stato elaborato da parte dell'ASB, messo a disposizione delle banche mediante comunicazione n. 7849 del 26 marzo 2015.

- c) viene reso verosimile l'adempimento degli obblighi fiscali riguardo ai valori patrimoniali affidati all'intermediario finanziario in altro modo, in particolare mediante un parere legale, specialmente se il cliente è sottoposto alla sovranità fiscale di un Paese con un sistema fiscale diverso da quello svizzero e da quello europeo;
- d) esistenza di un accordo internazionale riguardante l'imposizione alla fonte oppure riguardante lo scambio di informazioni in materia fiscale fra la Svizzera, da una parte, e il Paese di domicilio del cliente oppure il Paese in cui abbia sede la persona giuridica titolare del conto. Si deve ciò malgrado tenere conto anche delle condotte che, al contrario, sono indizianti di un comportamento elusivo, e ciò specialmente valendosi delle esperienze riguardanti i diffusi meccanismi per eludere, fra gli altri, gli obblighi previsti riguardo ai contribuenti USA in conformità al "*Qualified intermediary agreement*" nonché, riguardo ai contribuenti dei Paesi membri dell'UE, quelli previsti dall'AfisR;
- e) residenza del cliente in Svizzera oppure sede della persona giuridica in Svizzera in connessione con transazioni all'interno del territorio svizzero, a meno che risultino elementi indizianti riguardo ad una residenza oppure ad una sede in Svizzera che sia solamente fittizia, p. es. senza iscrizione all'Anagrafe italiani residenti all'estero (AIRE).

4.3 Allestimento del profilo del cliente

99. In applicazione dell'obbligo generale ed ormai storico di conoscere il cliente (*know your customer*), l'allestimento del profilo del cliente dovrà essere completato con informazioni che permettano all'intermediario finanziario di identificare e valutare pienamente anche il rischio fiscale rappresentato dal cliente. Di conseguenza, a causa della punibilità del riciclaggio del provento di infrazioni fiscali aggravate, introdotta in diritto svizzero ma anche nel diritto straniero, il profilo del cliente dovrà pertanto contenere:

- a) informazioni complete e precise riguardo alla situazione patrimoniale globale del cliente e della sua famiglia e alla situazione fiscale del cliente, in modo da poter individuare l'eventuale rischio fiscale connesso agli averi patrimoniali affidati all'intermediario finanziario nonché all'esecuzione delle relative transazioni;
- b) le caratteristiche principali del diritto fiscale al quale è sottoposto il cliente, risp. i suoi averi patrimoniali che sono affidati all'intermediario finanziario sottoposto alla vigilanza svizzera¹⁵⁷, allegando, a seconda della specifica categoria di rischio reputazionale, un parere legale o la dichiarazione d'imposta¹⁵⁸.

100. Queste esigenze di diligenza sono state complicate e amplificate a causa del fatto che il Parlamento svizzero ha scelto come metodo per individuare un delitto fiscale qualificato, oltre all'uso di documenti falsi, anche quello dell'importo minimo di fr. 300'000¹⁵⁹.

¹⁵⁷ CASSANI U., p. 23.

¹⁵⁸ BARTHOLET O., p. 399.

¹⁵⁹ Cfr. CONSIGLIO FEDERALE, *Messaggio GAFI*, p. 626: "la fissazione di una soglia direttamente nella Legge stabilisce anche la soglia a partire dalla quale gli intermediari finanziari sono tenuti a farsi carico dei loro accresciuti obblighi di diligenza in relazione con il reato preliminare in materia fiscale e a darne comunicazione all'Ufficio di comunicazione in caso di sospetto di riciclaggio di denaro".

101. Nel profilo verranno menzionate le dichiarazioni rese da parte del cliente relativamente alla conformità fiscale, completandole però con le constatazioni effettuate da parte dell'intermediario finanziario riguardo alla plausibilità o meno delle dichiarazioni del cliente *"en faisant preuve d'esprit critique"*¹⁶⁰. Pertanto il profilo potrà così essere completato anche allegando la dichiarazione fiscale del cliente, cui si può aggiungere eventualmente una decisione di tassazione ed un parere legale o dichiarazione di un professionista terzo. A questo scopo, numerose banche utilizzano già un formulario prestampato, nel quale figura anche la dichiarazione del cliente attestante la conformità fiscale e l'assenza di procedimenti amministrativi o giudiziari in materia fiscale¹⁶¹.

102. Nell'allestimento del profilo fiscale si dovrà tenere conto del fatto che quest'ultimo potrà fare oggetto di verifica e talvolta anche di edizione da parte:

- a) dell'autorità giudiziaria penale svizzera nell'interesse di un procedimento penale svizzero per frode fiscale, per riciclaggio connesso ad infrazioni fiscali aggravate o per reati di diritto comune connessi a frodi fiscali;
- b) delle entità amministrative di vigilanza, in particolare la FINMA, nell'interesse di una procedura preliminare di vigilanza, oppure di una procedura amministrativa, oppure in esecuzione di domande di assistenza provenienti da parte di autorità straniere di vigilanza;
- c) di organismi di autodisciplina;
- d) del MROS, che può farne oggetto di trasmissione alle autorità antiriciclaggio corrispondenti all'estero (FIU) in conformità dell'art. 29 cpv. 2 LRD;
- e) dell'autorità giudiziaria penale svizzera, nell'interesse di un procedimento penale straniero, tramite esecuzione di domande rogatorie;
- f) dell'autorità fiscale svizzera, in esecuzione di una domanda di assistenza presentata dalle autorità fiscali straniere, nell'interesse di un procedimento per infrazioni fiscali, risp. nell'interesse di una procedura di accertamento fiscale.

4.4 Divieto di accettazione di valori patrimoniali fiscalmente non conformi

103. Secondo la giurisprudenza federale e la dottrina dominante, l'accettazione di un determinato valore patrimoniale che sia in relazione con uno dei reati elencati tra i reati a monte del riciclaggio può già costituire un atto tale da vanificare la confisca secondo l'art. 70 ss. CP di questo avere patrimoniale e, di conseguenza, fare scattare la punibilità per riciclaggio. Curiosamente, l'ORD-FINMA non prevede alcun emendamento all'art. 7 laddove si stabilisce il divieto di accettazione di valori patrimoniali di provenienza da un crimine

¹⁶⁰ CASSANI U., p. 244.

¹⁶¹ Per comodità, si parla di "Formulario F", dove la lettera F starebbe per "Fiscale". Si tratta di un'autodichiarazione che pertanto fruisce di un livello probatorio molto ridotto, per cui non si può considerarlo alla stregua di un documento secondo la definizione dell'art. 110 cpv. 4 CP, rammentando però che il Tribunale federale riconobbe ad un certo punto che il Formulario A, a causa della portata che gli veniva attribuita nell'ambito del sistema antiriciclaggio, andava considerato come un documento e pertanto protetto perseguendone la falsificazione in applicazione dell'art. 251 CP; Sentenza TF n. 6s_346/1999; DTF 125 IV 139, consid. 3b (cfr. MOLO G./GALLIANO D., n. 78).

e si stabilisce che anche l'accettazione per negligenza di averi patrimoniali provenienti da un crimine "può mettere in questione la garanzia di un'attività irreprensibile". Sotto la definizione di crimine rientrano, secondo gli emendamenti approvati dalle Camere federali il 12 dicembre 2014, anche quelle condotte che sono state designate punibili secondo il nuovo testo dell'art. 14 cpv. 4 DPA. Per contro, contrariamente a quanto il legislatore dispose relativamente alla LRD, al termine di "crimine" non è stato aggiunto, come appunto nella nuova LRD, il termine di "delitto fiscale qualificato". Ciò corrisponde ad una strategia ben precisa da parte della FINMA che si manifesta attraverso l'assenza di qualsiasi menzione dell'aggettivo "fiscale" anche nel testo della revisione totale dell'ORD-FINMA. Ciò non dovrebbe comportare alcuna difficoltà interpretativa e nessuna ricaduta giuridica speciale né tantomeno limitativa. Infatti, poiché, come si legge nel suo titolo, l'ORD-FINMA è finalizzata, oltre che alla lotta contro il finanziamento del terrorismo, anche alla lotta contro il riciclaggio di denaro. Pertanto, dal momento che nella categoria dei reati a monte del riciclaggio sono stati inseriti anche i "delitti fiscali qualificati", ogni norma dell'ORD-FINMA che faccia riferimento al termine di "riciclaggio" può essere interpretata soltanto come facente necessariamente riferimento anche al riciclaggio del provento di un delitto fiscale qualificato.

104. Il legislatore svizzero ha posto gli intermediari finanziari operanti in territorio svizzero e comunque assoggettati alla vigilanza delle autorità svizzere davanti ad un compito gravoso. Infatti, da un lato si impone l'obbligo di accertare la conformità fiscale o meno di averi patrimoniali e anche delle relative transazioni (alla regola *Know Your Customer* si aggiunge la regola *Know Your Transaction*). Dall'altro lato, si impone l'obbligo di differenziare a seconda che la non conformità fiscale possa essere qualificata come un'infrazione fiscale grave tale da figurare nella categoria delle infrazioni fiscali previste come reato a monte dell'art. 305^{bis} CP, ossia nella categoria dei delitti fiscali qualificati secondo il n. 1^{bis} dell'art. 305^{bis} CP oppure nella categoria delle infrazioni fiscali aggravate previste dall'art. 14 cpv. 4 DPA. Ciò presuppone di individuare perlomeno indizi concreti di utilizzazione di documenti falsi, conseguendo un risparmio fiscale indebito superiore a fr. 300'000 per periodo fiscale¹⁶².

105. Specialmente riguardo ai regimi fiscali di Paesi stranieri, ed in particolare riguardo a quelli con un sistema fiscale sostanzialmente diverso da quello svizzero, l'intermediario finanziario, per sfuggire ad ogni rischio non soltanto di incriminazione per riciclaggio, bensì anche di incriminazione per partecipazione all'infrazione fiscale commessa dal cliente, ed anche per evitare di esporsi a qualsivoglia rimprovero riguardante la gestione del rischio legale e reputazionale, sceglierà la strada maestra di maggiore certezza, ossia quella di rifiutare qualsiasi relazione d'affari relativa a valori patrimoniali che presenti indizi di non conformità fiscale, prendendo in considerazione in modo consolidato l'integralità delle imposte dirette sottratte, essendo invece escluse dal calcolo le imposte indirette¹⁶³.

¹⁶² Cfr. i numerosi esempi illustrati in: SUTER C./REMUND C., pp. 70 e 73.

¹⁶³ SUTER C./REMUND C., p. 80.

4.5 Obbligo e diritto di comunicazione

106. Quando l'intermediario finanziario si trovasse confrontato con una condotta sufficientemente indiziante di non conformità fiscale ai sensi dell'art. 305^{bis} n. 1^{bis} CP e dell'art. 14 cpv. 4 DPA, deve procedere alla segnalazione al MROS, in conformità dell'art. 9 cpv. 1 lett. a n. 1 e dell'art. 2 LRD.

107. Proprio a causa della difficoltà di individuazione di un'infrazione fiscale grave e a maggior ragione in relazione all'importo minimo di fr. 300'000, l'intermediario finanziario potrà fare uso del diritto di comunicazione previsto dall'art. 305^{ter} cpv. 2 CP¹⁶⁴.

108. Secondo la revisione approvata il 12 dicembre 2014, il blocco dei beni avrà luogo non appena il MROS avrà notificato all'intermediario finanziario di avere inoltrato la sua comunicazione ad un'autorità giudiziaria di perseguimento penale (art. 10 cpv. 1 LRD). Questo blocco verrà mantenuto per cinque giorni feriali a contare da questa notifica (art. 10 cpv. 2 LRD)¹⁶⁵.

109. L'intermediario finanziario deve inoltre tenere presente l'obbligo previsto dall'art. 9 cpv. 1 lett. b LRD, secondo cui l'obbligo di comunicazione sussiste anche quando l'intermediario finanziario *"interrompe le trattative per l'avvio di una relazione d'affari a causa di un sospetto fondato di cui alla lett. a"*. Si deve rammentare a questo proposito:

- a) che nel nuovo testo dell'art. 9 LRD, sono stati inseriti anche *"i valori patrimoniali oggetto di una relazione d'affari che provengono da un crimine oppure da un delitto fiscale qualificato secondo l'art. 305^{bis} n. 1^{bis} CP"*,
- b) che nella categoria dei crimini è stata introdotta anche l'infrazione fiscale aggravata nella fiscalità indiretta prevista dall'art. 14 cpv. 4 DPA.

110. Secondo il testo legale esplicito la punibilità per riciclaggio del provento di delitti fiscali qualificati scatta soltanto a partire dall'entrata in vigore del nuovo testo dell'art. 305^{bis} CP. Pertanto, anche i relativi obblighi antiriciclaggio scattano soltanto a partire dal 1° gennaio 2016. Ciò vale anche, in particolare, per l'obbligo di comunicazione riguardante il riciclaggio del provento dei delitti fiscali qualificati commessi in territorio svizzero oppure in territorio estero¹⁶⁶. Per contro, se l'intermediario finanziario si trovasse confrontato con indizi sufficientemente concreti riguardo al riciclaggio del provento di infrazioni fiscali previsto dal diritto estero in danno dell'erario straniero, potrebbe scattare già prima l'obbligo di comunicazione riferito a questo specifico reato del diritto straniero, ciò specialmente in considerazione della difficoltà di distinguere da parte dell'intermediario finanziario fra la punibilità di una determinata azione o omissione secondo il diritto svizzero o secondo il diritto straniero in materia di riciclaggio connesso con il provento di infrazioni fiscali.

¹⁶⁴ SUTER C./REMUND C., p. 624.

¹⁶⁵ Riguardo a queste novità normative cfr. BEURET A., p. 1 ss.

¹⁶⁶ Questione lasciata indecisa da KUNZ M., n. 85.

4.6 Obbligo di interrompere la relazione d'affari

111. Nel caso in cui i chiarimenti speciali effettuati riguardo alla conformità fiscale non abbiano fatto emergere un sospetto fondato di infrazione fiscale grave, dal punto di vista degli obblighi antiriciclaggio, l'intermediario finanziario non è tenuto ad intraprendere nessuna iniziativa¹⁶⁷, salvo sue misure interne facoltative.

112. Dal punto di vista però dell'obbligo di gestione del rischio legale e reputazionale, l'intermediario finanziario, deve poter dimostrare di avere perlomeno tentato di convincere il cliente ad usufruire della possibilità legale di un'autodenuncia fiscale, in applicazione del cd. *Voluntary Disclosure Program* varato in numerosi Paesi. In caso contrario metterà fine alla relazione d'affari. Ciò dovrà però avvenire in modo da non esporsi al rimprovero di avere cooperato ad una eventuale successiva infrazione fiscale da parte del cliente. Pertanto, l'intermediario finanziario si asterrà dall'eseguire qualsiasi istruzione del cliente che possa comportare l'interruzione della traccia cartacea (*paper trail*) delle transazioni effettuate da quest'ultimo e che, comunque, possa costituire un atto di vanificazione del sequestro e della confisca da parte dell'autorità svizzera o straniera.

4.7 Adeguamento del *compliance office*

113. Poiché tutti i commentatori riconoscono l'estrema difficoltà di gestire il rischio legale-fiscale, specialmente in rapporto al rischio della punibilità per riciclaggio connesso alla fiscalità, il *compliance office* dovrà essere convenientemente rafforzato, sia sul piano qualitativo che quantitativo, specialmente dotandolo delle necessarie conoscenze dal punto di vista fiscale. Poiché la gestione del rischio penale-fiscale comporta la conoscenza approfondita anche del sistema fiscale applicabile alla clientela di ogni Paese, già parecchie banche hanno deciso di rinunciare a determinati mercati, chiudendo le relazioni esistenti con clienti di provenienza da determinati Paesi.

114. Le recenti novità in materia penale-fiscale potranno richiedere un adeguamento abbastanza radicale del *compliance office* in relazione ai suoi numerosi obblighi già vigenti, in conformità dell'art. 22 ORD-FINMA, che prevede fra i suoi compiti:

- a) il sostegno e la consulenza alla direzione dell'impresa,
- b) l'elaborazione delle direttive interne (art. 24 LRD),
- c) la pianificazione della vigilanza sull'esecuzione delle direttive interne,
- d) la vigilanza sull'osservanza degli obblighi legali (art. 23 LRD), come componente dell'organizzazione adeguata dell'amministrazione di una banca secondo l'art. 3 cpv. 2 lett. a LBCR.

¹⁶⁷ SUTER C./REMUND C., p. 624.

4.8 Adeguamento del sistema di gestione del rischio legale e reputazionale

115. La necessità di adeguamento dell'intero sistema di gestione del rischio legale e reputazionale sorge, riguardo al rischio antiriciclaggio, anche allo scopo di adattare *"tutte le misure organizzative ragionevoli e indispensabili per impedire"* un reato di riciclaggio anche del provento delle infrazioni fiscali gravi previste dall'art. 305^{bis} n. 1^{bis} CP e dall'art. 14 cpv. 4 DPA. In caso contrario, scatta il rischio del procedimento penale e della sanzione prevista dall'art. 102 CP in caso di responsabilità penale dell'impresa quando, nell'esercizio delle attività commerciali conformi al suo scopo imprenditoriale, in seno all'impresa venga commesso anche questo tipo di riciclaggio¹⁶⁸.

116. Come già effettuato da parte di parecchie banche, sono state adeguate le CGA esplicitando in particolare gli obblighi di comunicazione e di verifica a cui può essere tenuta la banca in virtù delle norme vigenti non soltanto in territorio svizzero bensì anche in territorio straniero.

117. Un elemento indispensabile per la gestione del rischio legale di carattere penale e di carattere fiscale è costituito anche dall'emanazione di direttive e regolamenti interni che disciplinano in modo specifico le misure da adottare per individuare, gestire e minimizzare al massimo il rischio rappresentato da patrimoni non conformi fiscalmente. L'allestimento di direttive interne è previsto esplicitamente anche dal nuovo art. 25 ORD-FINMA, al quale è stata aggiunta anche una nuova lett. k, secondo cui le direttive interne devono regolamentare, in particolare *"Tutti gli altri procedimenti che disciplinano l'attuazione e gli obblighi di diligenza ai sensi degli art. 3-8 LRD"*. Anzi, è stato aggiunto anche (art. 22 ORD-FINMA nuovo) l'obbligo di una valutazione preliminare di qualsiasi nuovo prodotto o pratica commerciale o derivante dall'uso di nuovi sviluppi tecnologici per nuovi prodotti e prodotti esistenti. Inoltre, con il nuovo art. 23 ORD-FINMA è stato introdotto un nuovo cpv. 3 che impone l'allestimento di un'analisi dei rischi *"tenendo conto del settore di attività e del tipo di relazione d'affari gestite dall'intermediario finanziario"*.

118. Proprio a causa della difficoltà tecnica dovuta alla revisione del diritto penale riguardante il riciclaggio in relazione ad infrazioni fiscali gravi, dovrà essere adeguata anche l'istruzione di base nonché l'istruzione specifica destinata ai *relationship managers* che sono in contatto con la clientela. In tal modo si devono fornire le necessarie informazioni di carattere fiscale che mettono il personale nelle condizioni di evitare il rischio che incombe a loro carico nella qualità di persone che sono tenute, anche personalmente, a rispettare e far rispettare le norme antiriciclaggio, e ciò in virtù della loro posizione giuridica di *"persona garante"* (*"Garantenstelle"*)¹⁶⁹.

¹⁶⁸ Cfr. SUTER C./REMUND C., p. 626.

¹⁶⁹ Cfr. in particolare DTF 136 IV 188; 138 IV 1, compresa la parte non pubblicata della sentenza che si ritrova in sentenza TF n. 6B_729/2010, consid. 4.

4.9 Obbligo di segregazione secondo le categorie di rischio

119. Secondo gli artt. 12 e 13 ORD-FINMA, ogni intermediario finanziario deve stabilire i criteri per il riconoscimento di relazioni d'affari, risp. di transazioni che comportano rischi superiori. Di fronte alle novità legislative approvate dal Parlamento svizzero il 12 dicembre 2014, ogni intermediario finanziario dovrà provvedere all'adattamento del suo regolamento interno anche riguardo all'elencazione dei criteri suddetti (cfr. art. 35 ORD-FINMA).

120. Relativamente alle infrazioni fiscali gravi introdotte dalla nuova versione dell'art. 305^{bis} n. 1^{bis} CP nonché dell'art. 14 cpv. 4 DPA, nella categoria dei criteri per riconoscere relazioni d'affari e transazioni che comportano rischi superiori dovranno rientrare anche quelli descritti precedentemente.

5 Prospettive

121. Come noto, vi sono ancora da attendersi numerosi nuovi testi regolamentari, anzitutto a livello svizzero:

- a) l'Ordinanza federale di esecuzione delle nuove norme della LRD approvate il 12 dicembre 2014;
- b) la revisione totale dell'ORD-FINMA;
- c) la nuova versione della CDB¹⁷⁰.

122. Soltanto sulla base delle regole suddette, gli intermediari finanziari, specialmente quelli bancari ed assicurativi, saranno in grado di conoscere meglio la concretizzazione dei loro obblighi antiriciclaggio in materia fiscale.

123. Più a media scadenza, ci si può attendere un assestamento della prassi in questo settore sulla base degli sviluppi a livello internazionale, specialmente riguardo alla cooperazione internazionale in materia fiscale, nella misura in cui si concretizzeranno gli accordi bilaterali per lo scambio automatico di informazioni, nonché, eventualmente, a seguito della ratifica della Convenzione sull'assistenza amministrativa secondo il modello tradizionale della trasmissione delle informazioni e dei mezzi di prova in esecuzione di domande provenienti dall'estero.

124. È ben vero che il legislatore procede in modo poco sistematico e ciò a causa di considerazioni, non sempre convergenti, di politica estera e di politica interna. Ciò non toglie che la linea di marcia ormai è stata tracciata, non soltanto dalla Comunità internazionale, secondo tappe alle quali in generale ha puntualmente aderito anche il Consiglio federale, bensì anche a livello interno, specialmente mediante la revisione della legislazione sul riciclaggio approvata il 12 dicembre 2014. Infatti, ciò costituisce un supporto politico importante anche agli obblighi imposti dalla FINMA per la gestione del rischio legale e reputazionale.

¹⁷⁰ L'entrata in vigore della revisione della CDB, già prevista per il 1° luglio 2015, potrebbe slittare al 1° gennaio 2016.

125. Un'ulteriore precisazione è attesa una volta che, fra qualche anno, si sarà chiarito il gruppo dei Paesi con i quali la Svizzera avrà ratificato degli accordi di cooperazione in materia fiscale. A quello stadio, probabilmente, si assesteranno anche le norme di diligenza in materia bancaria. Mentre le norme di diritto penale e di diritto penale fiscale non possono differenziare a seconda dello Stato i cui interessi finanziari sono pregiudicati dal riciclaggio del provento di infrazioni fiscali gravi, per contro si potrà e si dovrà differenziare a seconda dei futuri accordi ratificati tra la Svizzera e determinati gruppi di Stati.

126. Sviluppi concreti sono da attendersi anche a breve termine. Nella sua seduta del 29 novembre 2013, il Consiglio federale ha incaricato il DFF di sottoporgli una proposta di assetto degli obblighi di diligenza estesi a seconda del quadro degli accordi internazionali e bilaterali che saranno ratificati dalla Svizzera.

127. Lo scambio automatico di informazioni comporterà una serie di obblighi ed anche di sanzioni a carico degli intermediari finanziari, ma specialmente a carico delle banche. Lo prevede l'avamprogetto della relativa Legge federale sullo scambio automatico internazionale di informazioni in materia fiscale (LSAI) in consultazione dal 14 gennaio 2015, dove la Sezione 11 elenca le disposizioni penali. Il rovesciamento di quella che è stata una cultura di impresa viene così descritto nel relativo Rapporto di accompagnamento dell'avamprogetto: *"Gli obblighi di diligenza, l'obbligo di iscrizione, l'obbligo di informazione nonché gli obblighi di diligenza degli istituti finanziari sono centrali. Anche l'obbligo degli istituti finanziari di non sostenere operazioni di elusione è di grande importanza. Questo obbligo è considerato come un obbligo di diligenza affinché il sistema possa funzionare in modo coerente ed efficace. Per questo motivo la violazione di questo obbligo è punibile alla stessa stregua della violazione degli obblighi di dichiarazione e di diligenza legali. Queste infrazioni sono considerate gravi, ragione per cui le pene sono alte"*¹⁷¹. Se lo scambio automatico di informazioni dovesse entrare in vigore, anche soltanto con un numero limitato di Paesi, le regole di diligenza saranno così numerose e così radicalmente nuove da rendere necessario avviare al più presto i relativi preparativi.

128. Infine, un avviso proprio un minuto prima di andare in stampa: il 5 giugno 2015, il Consiglio federale ha approvato e pubblicato il Messaggio di revisione della LRD, proponendovi l'inserimento del nuovo art. 6a, con la nota marginale "Esame della conformità fiscale"¹⁷². La novità è talmente importante da motivare persino il completamento del titolo della legge medesima come segue: "Legge federale relativa alla lotta contro il riciclaggio di denaro, il finanziamento del terrorismo e l'accettazione di valori patrimoniali non dichiarati". Si tratta della logica conseguenza della modifica dell'art. 305^{bis} CP approvata dalle Camere federali il 12 dicembre 2014. Pertanto, l'elenco dei criteri di diligenza riguardo alla conformità fiscale descritta in questo contributo dovrà essere esaminato ed applicato tenendo presente anche la versione del nuovo art. 6a LRD.

¹⁷¹ CONSIGLIO FEDERALE, *Rapporto MCAA e LSAI*, p. 47.

¹⁷² CONSIGLIO FEDERALE, *Messaggio conformità fiscale*, p. 5 ss.

6 Bibliografia

- ACKERMANN J.-B., Geldwäschereistrafrecht, in: Ackermann J.-B./Heine G. (a cura di), Wirtschaftsstrafrecht der Schweiz, Hand- und Studienbuch, Berna 2013 (citato: Geldwäschereistrafrecht)
- ACKERMANN J.-B., Unterlassungsrisiken in der Unternehmensleitung am Beispiel der Geldwäscherei, in: Ackermann J.-B./Hilf M. J. (a cura di), Geldwäscherei – asset recovery, Zurigo 2012, p. 133 ss. (citato: Unterlassungsrisiken in der Unternehmensleitung)
- BARTHOLET O., Rechtliche Herausforderungen und Konfliktzonen im grenzüberschreitenden "Private Banking": Marktzugangsfragen aus regulatorischer und steuerlicher Perspektive mit besonderem Fokus auf das Verhältnis der Schweiz zur Europäischen Union, in: SZW/RSDA, 2013, p. 383 ss.
- BERNASCONI P., "Avvocato, dove vado?", II. ed., Bellinzona 2014 (citato: Avvocato, dove vado?)
- BERNASCONI P., La terzietà del trust e della fondazione di famiglia secondo il diritto svizzero, in: TRUSTS e attività fiduciarie, luglio 2012, n. 4/2012, p. 377 ss. (citato: Terzietà del trust)
- BERNASCONI P., Nemo tenetur, Erosione di principi procedurali a scapito di banche e di imprese nel labirinto di procedure giudiziarie e amministrative, in: RtiD I-2012, p. 531 ss. (citato: Nemo tenetur)
- BETSCHARD M., Zum Verhältnis der gemeinrechtlichen Urkundendelikte zu den Steuerstraftatbeständen: zugleich eine Besprechung des Bundesgerichtsurteils 6B_367/2007 vom 10. Oktober 2007, teilweise abgedruckt in BGE 133 IV 303 ff./Felix Schöbi – 2008, in: Recht, 26, 2008, p. 109 ss.
- BEURET A., Das Schweizerische Geldwäschereibekämpfungsdispositiv und seine Neuerungen. Die Tätigkeiten der Meldestelle für Geldwäscherei MROS, in: Jusletter 23. Februar 2015
- BIZZOZZERO A., Obligations d'éclaircir et de corroborer au regard des règles anti- blanchiment, in: Augsburger-Bucheli I. (a cura di), Blanchiment d'argent: actualité et perspectives suisses et internationales, Zurigo 2014, p. 139 ss.
- BOLLAG J., Extra-Legale Gremien vs. Rechtsstaat: Schweizerische Umsetzung der FATF-Empfehlungen, in: ST 4/2011, p. 275 ss.
- CASSANI U., L'infraction fiscale comme crime sous-jacent au blanchiment d'argent: considérations de lege ferenda, in: SZW/RSDA, 2013, p. 12 ss.
- CFB, Bulletin 15, Berna 1985 (citato: Bulletin 15)
- CFB, Bulletin 22, Berna 1992 (citato: Bulletin 22)
- CFB, Jahresbericht/Rapport de gestion 2006, Berna 2006, in: <http://www.finma.ch/archiv/ebk/d/publik/bericht/pdf/jb06.pdf> (pagina consultata il 27 aprile 2015) (citato: Rapporto 2006)
- COMITATO DI BASILEA PER LA VIGILANZA BANCARIA, Dovere di diligenza delle banche nell'identificazione della clientela, Basilea, ottobre 2001, in: <http://www.bis.org/publ/bcb85i.pdf> (pagina consultata il 27 aprile 2015)
- CONSIGLIO FEDERALE, Entrata in vigore della legge federale concernente l'attuazione delle Raccomandazioni del GAFI rivedute nel 2012, Comunicato stampa, Berna, 29 aprile 2015, in: <https://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=it&msg-id=57064> (pagina consultata il 29 aprile 2015) (citato: Comunicato entrata in vigore)
- CONSIGLIO FEDERALE, Il Consiglio federale avvia la consultazione relativa all'applicazione unilaterale dello standard OCSE sullo scambio di informazioni su domanda, Comunicato stampa, Berna, 22 ottobre 2014, in: <https://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=it&msg-id=54902> (pagina consultata il 27 aprile 2015) (citato: Comunicato sulla LASSI)
- CONSIGLIO FEDERALE, La Svizzera intende riprendere lo standard OCSE nell'assistenza amministrativa in materia fiscale, Comunicato stampa, Berna, 13 marzo 2009, in: <http://www.efd.admin.ch/dokumentation/medieninformationen/00467/index.html?lang=it&msg-id=25863> (pagina consultata il 27 aprile 2015) (citato: Comunicato sullo standard OCSE)
- CONSIGLIO FEDERALE, Messaggio concernente l'attuazione delle Raccomandazioni del Gruppo d'azione finanziaria (GAFI) rivedute nel 2012, n. 13.106, del 13 dicembre 2013, in: FF 2014 563 (citato: Messaggio GAFI)
- CONSIGLIO FEDERALE, Messaggio concernente la modifica della legge sul riciclaggio di denaro. Obblighi di diligenza estesi per impedire l'accettazione di valori patrimoniali non dichiarati, del 5 giugno 2015, non ancora pubblicato sul FF, in: <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/39727.pdf> (pagina consultata il 9 giugno 2015) (citato: Messaggio conformità fiscale)
- CONSIGLIO FEDERALE, Rapporto esplicativo concernente l'Accordo multilaterale tra autorità competenti concernente lo scambio automatico di informazioni relative a conti finanziari e la legge federale sullo scambio automatico internazionale di informazioni

in materia fiscale, Berna, 14 gennaio 2015, in: <http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/37952.pdf> (pagina consultata il 24 aprile 2015) (citato: Rapporto MCAA e LSAI)

DFF, La Svizzera e l'Australia firmano una dichiarazione congiunta per introdurre lo scambio automatico di informazioni in materia fiscale, Comunicato stampa, Berna, 3 marzo 2015, in: <https://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=it&msg-id=56422> (pagina consultata il 27 aprile 2015) (citato: Comunicato stampa Svizzera-Australia sullo scambio automatico)

DFF, Svizzera e UE parafano un accordo per lo scambio automatico di informazioni in materia fiscale, Comunicato stampa, Berna, 19 marzo 2015, in: <https://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=it&msg-id=56622> (pagina consultata il 27 aprile 2015) (citato: Comunicato stampa Svizzera-UE sullo scambio automatico)

FINMA, Bulletin 1/2010, 6 Rechts- und Reputationsrisiken im Grenzüberschreitenden Geschäft, in: <http://www.finma.ch/d/finma/publikationen/Documents/bulletin-1-2010-urteil6.pdf> (pagina consultata il 27 aprile 2015) (citato: Bulletin 1/2010)

FINMA, Circolare 2008/24, Sorveglianza e controllo interno – banche, Sorveglianza e controllo interno nel settore bancario, Berna, 20 novembre 2008, in: <http://www.finma.ch/i/regulierung/Documents/finma-rs-2008-24-i.pdf> (pagina consultata il 27 aprile 2015) (citato: Sorveglianza e controllo interno)

FINMA, Circulaire 2013/3, Activités d'audit, Berna, 6 dicembre 2012, in: <http://www.finma.ch/f/regulierung/anhoeerungen/Documents/finma-rs-13-3-f.pdf> (pagina consultata il 27 aprile 2015) (citato: Attività di audit)

FINMA, Operazioni transfrontaliere con clienti USA, La FINMA comunica la conclusione del procedimento nei confronti di BSI SA, Comunicato stampa, Berna, 30 marzo 2015, in: <http://www.finma.ch/i/aktuell/Documents/mm-bsi-20150330-i.pdf> (pagina consultata il 27 aprile 2015) (citato: Conclusione procedimento contro BSI)

FINMA, Rapporto annuale 2013, Berna 2013, in: http://www.finma.ch/gb2014/download/2013/it/Printer-Friendly/FINMA_Rapporto-annuale_2013_Printer-Friendly_IT.pdf (pagina consultata il 27 aprile 2015) (citato: Rapporto annuale 2013)

FINMA, Rapporto sull'enforcement 2014, Berna, 24 febbraio 2015, in: <http://www.finma.ch/ii/aktuell/Documents/enforcementbericht-2014-20150224-i.pdf> (pagina consultata il 27 aprile 2015) (citato: Rapporto sull'enforcement)

FINMA, Rischi giuridici e di reputazione nelle operazioni transfrontaliere aventi per oggetto prestazioni finanziarie, Le domande più frequenti (FAQ), Berna, 19 giugno 2012, in: <http://www.finma.ch/ii/faq/beaufsichtigte/Documents/faq-grenzueberschreitendes-geschaeft-i.pdf> (pagina consultata il 27 aprile 2015) (citato: Rischi giuridici e di reputazione)

FINMA, Untersuchung der FINMA des Geschäfts der Credit Suisse mit US-Kunden, Kurzbericht, Berna, 20 maggio 2014, in: http://www.finma.ch/d/aktuell/Documents/br_untersuchung-cs_20140520_d.pdf (pagina consultata il 27 aprile 2015) (citato: Kurzbericht)

FORSTER M., Internationale Rechtshilfe bei Geldwäschereverdacht, Entwicklung und Typologie der bundesgerichtlichen Praxis zur Konkretisierung der verbrecherischen Vortat, in: ZStrR 2006, 124, p. 274 ss.

GAFI, Laundering the Proceeds of VAT Carousel Fraud, Parigi, 23 febbraio 2007, in: <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Laundering%20the%20Proceeds%20of%20VAT%20Caroussel%20Fraud.pdf> (pagina consultata il 27 aprile 2015) (citato: Carousel Fraud)

GRIESSER Y., Geldwäscherei (Art. 305bis StGB): Wann läuft man Gefahr, sich durch den Transfer eines Kontoguthabens unbekannter Herkunft vom Schweizer Bankkonto ins Ausland strafbar zu machen?, in: Cavallo A. et al. (a cura di), Liber amicorum für Andreas Donatsch, Zurigo 2012, p. 135 ss.

HILF M. J., (Wieder)Belebung des Unternehmensstrafrechts durch Geldwäschereiverantwortlichkeit, in: Ackermann J.-B./Hilf M. J. (a cura di), Geldwäscherei – asset recovery, Zurigo 2012, p. 175 ss. (citato: Unterlassungsrisiken in der Unternehmensleitung)

KRAUER-DIABY M., La Suisse face à la fraude carrousel, in: ST 4/2012, p. 253 ss.

KUNZ M., Umsetzung der GAFI-Empfehlungen 2012, in: Jusletter 23. Februar 2015

MARGRAF O., Bussenfolgen bei unterlassener Offenlegung von wirtschaftlich Berechtigten an Kapitalgesellschaften, in: StR 72/2014, p. 107 ss.

MATTEOTTI R./BOURQUIN G./MANY S., Steuerrisiken mit Offshore-Strukturen für Banken und ihre Mitarbeiter, in: ASA 82, 2014, p. 669 ss.

MATTEOTTI R./MANY S., Erhöhung der Strafrisiken für Banken und ihre Mitarbeiter infolge Einführung der Steuergeldwäscherei, in: Jusletter 23. Februar 2015

- MOLO G./GALLIANO D., L'introduction du blanchiment fiscal dans le domaine de la fiscalité directe, in: *Jusletter* 23 février 2015
- NOBEL P., Abschied vom Bankgeheimnis, in: *ZSR*, 2015 I 134
- POLLI N., Client, ayant droit économique, bénéficiaire effectif: La CDB 2015 peut-elle concilier lutte contre le blanchiment et conformité fiscale?, in: *SZW/RSDA*, 2014, p. 175 ss.
- POPP P., Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Internationalen Strafrechtshilfe in den Jahren 2002/2003, Veröffentlicht in den Bänden 128 und 129, in: *ZBJW* 142, 2006, p. 69 ss.
- SCHNEIDER F./TORGLER B./SCHALTEGGER C., Schattenwirtschaft und Steuermoral, Zurigo 2008
- SCHODER C., StAhiG Praxiskommentar zum Bundesgesetz über die internationale Amtshilfe in Steuersachen (Steueramtshilfegesetz, StAhiG), Zurigo 2014
- SFI, Doppia imposizione e assistenza amministrativa, in: <https://www.sif.admin.ch/sif/it/home/themen/internationale-steuerpolitik/doppelbesteuerung-und-amtshilfe.html> (pagina consultata il 24 aprile 2015) (citato: CDI e assistenza amministrativa)
- STRATENWERTH G./WOHLERS W., Schwarzgeld, Strafbarkeitsrisiken für die Mitarbeiter schweizerischer Banken, in: *ZStrR* 128/2010, p. 429 ss.
- SUTER C./REMUND C., Infractions fiscales, blanchiment et intermédiaires financiers, Questions choisies de la pratique pour la mise en œuvre de la révision législative GAFI 2012, in: *GesKR* 1/2015
- TAUBE T., Die Schwarze Liste der FATF: Was droht der Schweiz wirklich?, in: *Recht*, 2014, p. 210 ss. (citato: Schwarze Liste)
- TAUBE T., Entstehung, Bedeutung und Umfang der Sorgfaltspflichten der Schweizer Banken bei der Geldwäschereiprävention im Bankenalltag, *San Gallo/Zurigo* 2013 (citato: Entstehung, Bedeutung und Umfang)
- THÉVENOZ L., Les Trusts sont-ils effectivement reconnus en Suisse?, in: *SZW/RSDA*, 2014, 2, p. 161 ss.
- TRECHSEL S./PIETH M. (a cura di), Schweizerisches Strafgesetzbuch Praxiskommentar, II. ed., Zurigo/San Gallo 2012 (citato: AUTORE, Kommentar StGB, N ... ad Art. ...)
- VALLEFUOCO V., Legge n. 186 del 2014: La voluntary disclosure approda definitivamente in Italia, in: *Rivista della Guardia di Finanza*, 1/2015, p. 23 ss.
- VOGT N. P./WATTER R., Basler Kommentar, Börsengesetz/Finanzmarktaufsichtsgesetz, II. ed., Basilea 2011 (citato: AUTORE, BSK BEHG, N ... ad Art. ...)
- WATTER R./VOGT N./BAUER T./WINZELER C. (a cura di), Basler Kommentar, Bankengesetz, II. ed., Basilea 2013 (citato: AUTORE, BSK BankG, N ... ad Art. ...)
- WEBER M./RUEGGER A./KING R., Globaler AIA in Steuersachen nach OECD-Standard: Einführung in die Funktionsweise, Konzepte und Begrifflichkeiten, in: *ST* 2014/12, p. 1170 ss.
- YERSIN D./NOËL Y. (a cura di), Commentaire romand, Impôt fédéral direct, Commentaire de la loi sur l'impôt fédéral direct, Basilea 2008 (citato: AUTORE, Commentaire romand, N ... ad Art. ...)
- ZULAUF U., "Weissgeldstrategie" für das Schweizer Private Banking?, in: *Isler P./Cerutti R. (a cura di), Vermögensverwaltung VI*, Zurigo 2013, p. 7 ss.
- ZULAUF U./BURCKHARDT F., Nachbesserung durch den Gesetzgeber nötig: internationale Amtshilfe der Eidgenössischen Bankenkommission für ausländische Finanzmarktaufsichtsbehörden unter dem Börsengesetz. Mit Fabian Burckhardt, in: *Nobel P. (a cura di), Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz*, Berna 2004, p. 365 ss.