

Voluntary Disclosure e antiriciclaggio

di Luigi Ferrajoli - avvocato patrocinante in Cassazione, dottore commercialista, revisore legale, titolare Studio Ferrajoli Legale Tributario e direttore scientifico della rivista Accertamento e Contenzioso

Il presente studio si pone l'obiettivo di individuare quali siano gli impatti della procedura di voluntary disclosure disciplinata dalla L. 186/2014 sull'adempimento degli obblighi antiriciclaggio previsti dal D.Lgs. 231/2007, in particolare sull'obbligo di segnalazione di operazioni sospette di cui all'articolo 41, D.Lgs. 231/2007.

Premessa

Il D.L. 153/2015 che ha prorogato i termini per l'adesione alla procedura di collaborazione volontaria di cui all'articolo 5-*quater*, D.L. 167/1990 convertito nella L. 227/1990 e introdotta dalla L. 186/2014 ha espressamente sancito la piena applicabilità alla procedura di *voluntary disclosure* delle disposizioni in materia di prevenzione del riciclaggio e di finanziamento del terrorismo di cui al D.Lgs. 231/2007. In particolare all'articolo 5-*quinqües*, comma 1, disciplinante gli effetti della procedura di collaborazione volontaria, è stata aggiunta la lettera b-*bis*), la quale prevede che: *"si applicano le disposizioni in materia di prevenzione del riciclaggio e di finanziamento del terrorismo di cui al D.Lgs. 231/2007, a eccezione di quanto previsto dall'articolo 58, comma 6, del medesimo decreto"*.

L'accesso alla procedura di *voluntary disclosure* non comporta, pertanto, alcuna esclusione all'operatività della normativa di cui al D.Lgs. 231/2007 a eccezione della non applicabilità della sanzione di cui all'articolo 58, comma 6, che punisce con la pena pecuniaria dal 10% al 40% del saldo la violazione dell'articolo 50, comma 2 del medesimo decreto, che impone il divieto di utilizzare in qualunque forma conti o libretti di risparmio in forma anonima o con intestazione fittizia aperti presso Stati esteri.

Voluntary disclosure e adempimenti antiriciclaggio

Come noto la procedura di collaborazione volontaria, finalizzata ad agevolare l'emersione e il rientro di capitali detenuti all'estero e non dichiarati e l'emersione di imponibili anche nazionali non dichiarati, impone ai contribuenti che intendono avvalersi degli effetti premiali delle nuove disposizioni di ottenere assistenza da parte di professionisti e intermediari destinatari delle disposizioni in materia di antiriciclaggio. Questi ultimi nell'adempimento del mandato professionale dovranno, pertanto, adempiere,

come ordinariamente richiesto, a tutti gli obblighi di collaborazione attiva e passiva previsti dal D.Lgs. 231/2007.

Il D.L. 153/2015 di proroga dei termini ha legislativamente stabilito quanto il Ministero dell'economia aveva fin da subito chiarito con la nota del Mef, Dipartimento del tesoro, direzione V, del 9 gennaio 2015, ribadendo la piena applicazione della disciplina antiriciclaggio dal momento che la L. 186/2014 non ha alcun impatto sull'applicazione della normativa di cui al D.Lgs. 231/2007 che rimane pienamente operativa.

Le esimenti operano, infatti, ai sensi dell'articolo 5-*quinqües*, D.L. 167/1990, esclusivamente:

- sul piano fiscale, attraverso la previsione di una riduzione delle sanzioni amministrative applicabili;
- sul piano penale, attraverso la previsione di esclusione della punibilità per i delitti di dichiarazione fraudolenta, omessa e infedele dichiarazione, omesso versamento di ritenute certificate e di Iva (artt. 2, 3, 4, 5, 10-*bis* e 10-*ter*, D.Lgs. 74/2000); per i delitti di ricettazione (articolo 648-*bis*, c.p.) e riciclaggio (articolo 648-*ter*, c.p.) se commessi in relazione ai delitti tributari e di autoriciclaggio (articolo 648-*ter*1, c.p.) se commesso sino al 30 settembre 2015 limitatamente alle attività oggetto di collaborazione volontaria in relazione ai medesimi delitti tributari.

Restano, quindi, immutati gli adempimenti in materia di adeguata verifica della clientela (articolo 15-16-17, D.Lgs. 231/2007), di registrazione e conservazione dei dati (articolo 36, D.Lgs. 231/2007) e di segnalazione di operazioni sospette (articolo 41, D.Lgs. 231/2007).

In particolare, già con riferimento alla prima versione della *voluntary disclosure* (disciplinata dall'articolo 1, D.L. 4/2014 poi non convertito in legge) il Ministero dell'economia e delle finanze era intervenuto con la circolare del 31 gennaio 2014 per affermare che *"le esimenti previste dal decreto legge operano unica-*

ISTITUTI DEFLATTIVI

mente sul piano fiscale; impregiudicato il fatto che, ai fini di prevenzione del riciclaggio e di finanziamento del terrorismo, l'applicazione delle predette norme non vale, in alcun modo, a qualificare di per sé come lecite le risorse o le attività, oggetto di volontaria emersione, illegalmente detenute o stabilite all'estero". Per tale ragione, la circolare riteneva "immutato l'obbligo di attivare le procedure di adeguata verifica della clientela" e concludeva affermando che "dei pari immutati restano gli obblighi di registrazione e di segnalazione di eventuali operazioni sospette, secondo quanto previsto dal D.Lgs. 231/2007".

Le medesime considerazioni si ritrovano nella nota del Ministero dell'economia del 9 gennaio 2015, che - con riferimento alla L. 186/2014 - ripropone testualmente i contenuti delle precedenti istruzioni, ritenute "pienamente coerenti rispetto alla ratio di effettiva disclosure sottesa alla procedura di collaborazione volontaria, che, per poter essere correttamente esperita, richiede che siano indicati all'Amministrazione finanziaria tutti gli investimenti e tutte le attività di natura finanziaria costituiti o detenuti all'estero, anche indirettamente o per interposta persona, fornendo i relativi documenti e le informazioni".

L'obbligo di segnalazione di operazioni sospette

La piena applicabilità dei presidi antiriciclaggio alla procedura di collaborazione volontaria con la conseguente integrale operatività di tutti gli obblighi di collaborazione attiva e passiva incombenti, ai sensi del D.Lgs. 231/2007, sui professionisti e gli intermediari che assistono il contribuente nel procedimento, il quale richiede la completa *discovery* della consistenza e della genesi delle attività oggetto di emersione, impone di valutare con attenzione gli impatti della procedura di *voluntary disclosure* sugli obblighi di segnalazione di operazioni sospette gravanti sul consulente ai sensi dell'articolo 41, D.Lgs. 231/2007. L'articolo 41, D.Lgs. 231/2007 impone agli intermediari e ai professionisti destinatari degli obblighi antiriciclaggio di inviare all'unità di informazione finanziaria (Uif) "una segnalazione di operazione sospetta quando sanno, sospettano o hanno motivi ragionevoli per sospettare che siano in corso o che siano state compiute o tentate operazioni di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo. Il sospetto è desunto dalle caratteristiche, entità, natura dell'operazione o da qualsivoglia altra circostanza conosciuta in ragione delle funzioni esercitate, tenuto conto anche della capacità economica e dell'attività svolta dal soggetto

cui è riferita, in base agli elementi a disposizione dei segnalanti, acquisiti nell'ambito dell'attività svolta ovvero a seguito del conferimento di un incarico".

La procedura di *voluntary disclosure* rientra certamente nell'ambito di applicazione della normativa antiriciclaggio.

La procedura di emersione integra senza dubbio la definizione di "operazione" contenuta nell'articolo 1, comma 2, lettera l), D.Lgs. 231/2007 consistente in "un'attività determinata o determinabile, finalizzata a un obiettivo di natura finanziaria o patrimoniale modificativo della situazione giuridica esistente, da realizzare tramite una prestazione professionale". La *voluntary disclosure* è attività determinata, di carattere finanziario e patrimoniale, funzionale alla modifica della situazione giuridica sia delle attività detenute all'estero e non dichiarate, sia delle persone fisiche titolari di tali attività. Il pagamento delle imposte dovute e delle sanzioni in misura ridotta esclude che le attività emerse siano suscettibili di accertamento fiscale e passibili di sanzioni tributarie e amministrative, consentendo, nel contempo, alle persone fisiche coinvolte nei reati tributari e di riciclaggio, eventualmente connessi alle violazioni fiscali sanate, di acquisire una causa di non punibilità. Appaiono, quindi, esistenti tutti i profili tipici delle "operazioni" rilevanti per l'applicazione della normativa antiriciclaggio.

Inoltre, il procedimento di presentazione dell'istanza di collaborazione volontaria si realizza attraverso "una prestazione professionale" che per sua natura avrà, anche con riferimento ai casi meno complessi, quella "certa durata" richiesta dall'articolo 1, comma 2, lettera q), D.Lgs. 231/2007 e il contribuente riveste la qualifica di "cliente" rilevante ai sensi dell'articolo 1, comma 2, lettera e), D.Lgs. 231/2007 essendo il soggetto cui il professionista rende "una prestazione professionale in seguito al conferimento di un incarico".

L'obbligo di segnalazione disciplinato dall'articolo 41, D.Lgs. 231/2007 ha a oggetto l'effettuazione o il sospetto di effettuazione di operazioni di "riciclaggio". Al riguardo è indispensabile ricordare che esiste una divaricazione fra la nozione di riciclaggio "amministrativo" di cui al D.Lgs. 231/2007 e la nozione penalistica di riciclaggio di cui all'articolo 648-bis c.p.¹.

¹ L'articolo 648-bis, c.p. dispone: "Fuori dei casi di concorso nel reato, chiunque sostituisce o trasferisce denaro, beni o altre utilità provenienti da delitto non colposo, ovvero compie in relazione a essi altre operazioni, in modo da ostacolare l'identificazione della loro provenienza delittuosa, è punito con la reclusione da quattro a dodici anni e con la multa da 1.032 euro a 15.493 euro. la pena è aumentata quando il fatto è com-

ISTITUTI DEFLATTIVI

La categoria del riciclaggio amministrativo² è assai divergente da quella penale. In essa è ricompreso l'autoriciclaggio, la mera detenzione o utilizzazione dei beni, il tentativo nonché il comportamento di aiutare, istigare o consigliare qualcuno a commetterli.

I presupposti del riciclaggio "amministrativo", indicati nell'articolo 2, D.Lgs. 231/2007, sono:

- l'intenzionalità;
- la consapevolezza della provenienza criminosa dei beni, cioè della loro origine da qualsiasi delitto o contravvenzione.

In sostanza rispetto alla nozione di riciclaggio penale (articolo 648-bis c.p.) è più ampio l'ambito del reato presupposto, che nel caso dell'articolo 41, D.Lgs. 231/2007 è rappresentato dalle attività criminose in genere, mentre il reato di riciclaggio disciplinato dal codice penale richiede tassativamente la provenienza da delitto non colposo. Inoltre è più ampio l'ambito dei soggetti, dal momento che, diversamente dal riciclaggio penale (e analogamente all'autoriciclaggio) l'attività di occultamento e di trasferimento di beni, anche quando è posta in essere dal medesimo autore dell'attività criminosa presupposta, costituisce operazione che deve essere segnalata all'Uif.

Ciò premesso in relazione alla nozione di riciclaggio "amministrativo", appare chiaro che i delitti tributari costituiscono senza dubbio "attività criminose" il cui profitto consiste nell'imposta sottratta al Fisco, che rappresenta un vantaggio patrimoniale direttamente derivante dalla condotta illecita. Il professionista che assiste il contribuente interessato alla *voluntary disclosure* è, quindi, tenuto a valutare, tramite le informazioni raccolte nell'attività di adeguata verifica della clientela che egli deve condurre al momento dell'instaurazione e dello svolgimento del rapporto

messo nell'esercizio di un'attività professionale. La pena è diminuita se il denaro, i beni o le altre utilità provengono da delitto per il quale è stabilita la pena della reclusione inferiore nel massimo a 5 anni. Si applica l'ultimo comma dell'articolo 648".

² La definizione di riciclaggio rilevante ai fini del D.Lgs. 231/2007 è contenuta nell'articolo 2, D.Lgs. 231/2007 che così dispone: "Ai soli fini del presente decreto le seguenti azioni, se commesse intenzionalmente, costituiscono riciclaggio: a) la conversione o il trasferimento di beni, effettuati essendo a conoscenza che essi provengono da un'attività criminosa o da una partecipazione a tale attività, allo scopo di occultare o dissimulare l'origine illecita dei beni medesimi o di aiutare chiunque sia coinvolto in tale attività a sottrarsi alle conseguenze giuridiche delle proprie azioni; b) l'occultamento o la dissimulazione della reale natura, provenienza, ubicazione, disposizione, movimento, proprietà dei beni o dei diritti sugli stessi, effettuati essendo a conoscenza che tali beni provengono da un'attività criminosa o da una partecipazione a tale attività; c) l'acquisto, la detenzione o l'utilizzazione di beni essendo a conoscenza, al momento della loro ricezione, che tali beni provengono da un'attività criminosa o da una partecipazione a tale attività; d) la partecipazione a uno degli atti di cui alle lettere precedenti, l'associazione per commettere tale atto, il tentativo di perpetrarlo, il fatto di aiutare, istigare o consigliare qualcuno a commetterlo o il fatto di agevolare l'esecuzione".

professionale, se sussistono i presupposti per l'inoltro della segnalazione di operazione sospetta all'Uif. In particolare, tutte le volte in cui nell'ambito della *discovery* richiesta dall'adesione alla procedura di collaborazione volontaria viene a configurarsi la sussistenza di una presupposta attività criminosa, quale ad esempio gli estremi di un delitto tributario, appare chiaro che il professionista ha l'obbligo di procedere a un'attenta valutazione del contesto e a segnalare l'operazione sospetta.

Appare, infatti, chiaro che in una situazione nella quale un cliente si avvale di una normativa che essenzialmente prevede un regime premiale rispetto alle sanzioni penali per i delitti tributari e per il successivo riciclaggio o autoriciclaggio, nessun diligente professionista potrà escludere il sospetto che i beni possano avere avuto origine da un'attività criminosa (i delitti tributari) e che l'interessato sia consapevole della loro origine e detenga e/o utilizzi intenzionalmente i beni. Sul punto è opportuno ricordare che gli analoghi problemi che si posero all'epoca delle operazioni di emersione dei capitali detenuti all'estero disciplinate dal cosiddetto "scudo fiscale" di cui al D.L. 289/2002, furono risolti dal Legislatore che scelse espressamente di esonerare i destinatari dall'obbligo di segnalazione delle operazioni sospette relativamente ai rimpatri per i quali si determinava l'effetto dell'esclusione della punibilità per certi reati (articolo 8, comma 6, lettera b), L. 289/2002.

Va, infine, ricordato che il professionista che, essendone tenuto, non adempie all'obbligo di segnalazione delle operazioni sospette è punito, ai sensi dell'articolo 57, comma 4, D.Lgs. 231/2007 "con una sanzione amministrativa pecuniaria dall'1% al 40% dell'importo dell'operazione non segnalata. Nei casi più gravi, tenuto conto della gravità della violazione desunta dalle circostanze della stessa e dall'importo dell'operazione sospetta non segnalata, con il provvedimento di irrogazione della sanzione è ordinata la pubblicazione per estratto del decreto sanzionatorio su almeno due quotidiani a diffusione nazionale di cui uno economico, a cura e spese del sanzionato".

L'esimente di cui all'articolo 12, comma 2, D.Lgs. 231/2007

Posto che è stato anche legislativamente stabilito (D.L. di proroga della procedura di collaborazione volontaria 153/2015) che alla procedura di *voluntary disclosure* continuano ad applicarsi le norme in materia di prevenzione del riciclaggio e di finanziamento del terrorismo di cui al D.Lgs. 231/2007, con

ISTITUTI DEFLATTIVI

la conseguenza che in capo al professionista che assiste il contribuente permane, fra gli altri, l'obbligo di segnalazione di operazioni sospette, occorre valutare se, al fine di esonerare il professionista dall'obbligo di segnalazione, possa trovare applicazione l'esimente prevista dall'articolo 12, comma 2, D.Lgs. 231/2007, secondo il quale: *“L'obbligo di segnalazione di operazioni sospette di cui all'articolo 41 non si applica ai soggetti indicati nelle lettere a), b) e c) del comma 1 (fra cui commercialisti, avvocati, notai) per le informazioni che essi ricevono da un loro cliente o ottengono riguardo allo stesso, nel corso dell'esame della posizione giuridica del loro cliente o dell'espletamento dei compiti di difesa o di rappresentanza del medesimo in un procedimento giudiziario o in relazione a tale procedimento, compresa la consulenza sull'eventualità di intentare o evitare un procedimento, ove tali informazioni siano ricevute o ottenute prima, durante o dopo il procedimento stesso”*.

Al riguardo appare opportuno valutare quale sia la natura della procedura di *voluntary disclosure*, la quale è un procedimento mediante il quale il contribuente, presentando un'istanza all'Agenzia delle entrate, procede alla regolarizzazione delle attività finanziarie e patrimoniali, costituite o detenute all'estero, non dichiarate al Fisco per i periodi d'imposta ancora accertabili. La procedura concede uno sconto sulle sanzioni amministrative relativa all'omessa o infedele compilazione del quadro RW, prevedendo tuttavia l'integrale pagamento delle imposte, sanzioni (salvo gli sconti connessi agli istituti deflattivi) e interessi per i redditi connessi a tali disponibilità. Sotto il profilo penale viene prevista una causa di esclusione della punibilità per alcuni reati tributari e per i delitti di riciclaggio e autoriciclaggio.

In questa prospettiva, la procedura di *voluntary disclosure* riveste la natura di un “accordo” con l'Amministrazione finanziaria e non può essere assimilato a un procedimento giudiziario, ma si pone come un procedimento avente natura amministrativa all'interno del quale l'attività svolta dal professionista si concretizza nell'assistenza e nella rappresentanza del cliente dinanzi all'Amministrazione finanziaria.

Sul punto va segnalato che il Ministero dell'economia e finanze – dipartimento del tesoro ha affermato che l'esonero di cui all'articolo 12, comma 2, D.Lgs. 231/2007 troverebbe applicazione esclusivamente nell'esame della posizione giuridica del cliente in relazione a un procedimento giudiziario, compresa la consulenza sull'eventualità di intentare o evitare tale procedimento, non estendendosi a tutti i casi di consulenza, ma solo a quelli collegati a procedimenti giudiziari, con la conseguenza che non potrebbe trovare applicazione nell'ambito della procedura di collaborazione volontaria che, senza dubbio, ha natura di procedimento amministrativo. In senso contrario all'orientamento ministeriale va precisato che a livello internazionale le Linee Guida Faft-Gafi per la valutazione del rischio di riciclaggio del 17 giugno 2008 affermano che *legal privilege* (esonero dall'obbligo di segnalazione di operazione sospetta) dovrebbe riguardare anche l'attività di assistenza e rappresentanza svolta a favore del cliente nell'ambito di procedimenti di natura amministrativa o di risoluzione alternativa delle controversie (ad esempio arbitrato)³. Deve, infine, essere chiarito che, ai sensi dell'articolo 1, comma 2, lettera e), D.Lgs. 231/2007, ai fini dell'insorgere degli obblighi antiriciclaggio in capo al professionista, è necessario il conferimento dell'incarico da parte del cliente, giacché solo in questo caso si determina il rapporto contrattuale in virtù del quale viene resa la prestazione professionale. Conseguentemente, nel caso in cui all'attività del professionista, limitata alla valutazione circa l'opportunità per il suo assistito di accedere o meno alla procedura di *voluntary disclosure*, non segua il conferimento dell'incarico, deve escludersi la sussistenza degli obblighi antiriciclaggio.

³ A livello comunitario è opportuno ricordare che la Corte Costituzionale del Belgio (sentenza n. 10/2008) e il Consiglio di Stato francese (sentenze n. 296845/2008 e n. 296907/2008) hanno sostenuto, ancorché limitatamente alla professione di avvocato, che l'area del *legal privilege* non debba limitarsi all'attività resa con riferimento a procedimenti giudiziari, bensì estendersi anche alla consulenza legale dal momento che quest'ultima mira a fornire al cliente informazioni circa le leggi applicabili alla sua posizione personale o all'operazione che intende realizzare, ovvero a consigliare il cliente in merito alle modalità per compiere tale operazione in modo legale.