RICICLAGGIO E FISCALITÀ: LA CODIFICAZIONE IN DIRITTO SVIZZERO DELLE RACCOMANDAZIONI DEL GAFI

Abstract: On 1 January 2016 will enter into force in Switzerland a historical event: the punishability of money laundering of proceeds of serious tax crimes according to the FATF AML Recommendations, as revised on 16 February 2012. According to the amended art. 305 *bis* of the Swiss Criminal Code, this kind of punishability is also related to the proceeds of serious tax crimes committed abroad and not only to the detriment of the Swiss financial interests but also to the detriment of the foreign financial interests. This will lead to the extension of the possibility of rogatory letters in favour of foreign proceedings for this new modality of money laundering. Within the Swiss banking and financial market also arise new obligations of due diligence concerning the fiscal compliance of assets and transactions for clients who are subject to the Swiss as well as to the foreign fiscal sovereignty. Furthermore, at the beginning of next year the regulations which will specify the consequences of this historical juridical event will enter into force.

Abstract: Per il 1° gennaio 2016 in diritto svizzero si annuncia una novità storica : la punibilità per riciclaggio del provento di infrazioni fiscali aggravate. Secondo il nuovo testo dell'art. 305 *bis* del codice penale svizzero, questo tipo di punibilità riguarda anche il provento di infrazioni fiscali aggravate commesse all'estero e non solo in danno dell' Erario svizzero bensì anche in danno dell'Erario estero. Ciò comporta anche l'estensione delle possibilità di rogatorie penali anche a questa nuova modalità di riciclaggio. A livello del mercato bancario e finanziario svizzero scaturiscono nuovi obblighi di diligenza anche riguardo alla conformità fiscale dei depositi e delle transazioni della clientela sottoposta alla sovranità fiscale sia svizzera che straniera. Sempre per inizio dell'anno prossimo entreranno in vigore anche altre precisazioni regolamentari, a livello di legislazione ed ordinanze federali antiriciclaggio.

SOMMARIO: Introduzione – Prima Parte: Genesi, scopo, conseguenze, messa in vigore della revisione – Seconda Parte: Infrazioni nella fiscalità diretta come reato pregresso di riciclaggio – 1. Imposte che sono oggetto di infrazione pregressa – 2. Infrazioni costitutive di "delitto fiscale qualificato" – 3. Origine dal reato preliminare – 4. Riciclaggio del provento di "delitto fiscale qualificato" commesso all'estero – 5. Divieto di applicazione retroattiva – Terza Parte: Infrazioni nella fiscalità indiretta come reato pregresso di riciclaggio – 1. Imposte che sono oggetto dell'infrazione pregressa – 2. Infrazione fiscale grave – 3. Connessione fra l'infrazione pregressa a monte e gli averi patrimoniali oggetto di riciclaggio – 4. Punibilità del riciclaggio del provento di infrazione fiscale grave commessa all'estero – 5. Divieto di applicazione retroattiva – Quarta Parte: Responsabilità penale dell'impresa per riciclaggio del provento di infrazione fiscale grave – Quinta Parte: Obblighi di prevenzione antiriciclaggio – Sesta Parte: Cooperazione internazionale nell'interesse di procedimenti per riciclaggio in materia fiscale – 1. Cooperazione giudiziaria internazionale vigente in materia penale – 2. Estensione a favore delle rogatorie nell'interesse di procedimenti per riciclaggio del provento di infrazione fiscale grave – 3. Comunicazione spontanea da parte delle autorità svizzere – Prospettive.

Introduzione

Me lo ricordo bene, il 14 luglio 1989, Jacques Delors, allora presidente della Commissione europea, commentare l'avvenuta costituzione del GAFI/Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux, in occasione del vertice del G7 a Parigi come segue: "*Nous avons finalement à disposition un instrument pour combattre l'évasion fiscale*". Da allora quanti fiumi sono passati sotto i ponti? Quale oceano di valori patrimoniali non dichiarati sono confluiti attraverso i conti ospitali delle banche in tutto il mondo finché, pronuba la grave crisi economica del 2008, quella profezia si fosse avverata?

Prima Parte: Genesi, scopo, conseguenze, messa in vigore della revisione

Da decenni, all'interno del GAFI, si lavorava per introdurre anche i reati fiscali nella categoria dei reati pregressi al riciclaggio. Un primo passo avvenne in occasione della revisione delle 40 Raccomandazioni antiriciclaggio approvata nel 2003, ma soltanto riguardo al contrabbando professionale. Fu soltanto il 16 febbraio 2012 che venne approvato l'inserimento nella categoria dei reati pregressi del riciclaggio anche di quella delle "infrazioni fiscali gravi" (*serious tax crimes*), lasciando però sempre la relativa definizione alla scelta del legislatore dei singoli Paesi membri. Il riferimento alle 40 Raccomandazioni antiriciclaggio del GAFI costituisce pertanto uno dei criteri principali per l'interpretazione delle nuove norme antiriciclaggio approvate il 12 dicembre 2014 dal Parlamento svizzero.

Come spesso succede nel diritto penale economico, e a maggior ragione nel diritto penale fiscale, le novelle parlamentari sono originate non tanto dalla presa di coscienza della necessità di arginare nuove forme di illegalità quanto dalla necessità dei partiti politici di dimostrare la propria reattività di fronte a qualche scandalo. Così avvenne il 1° agosto 1990, quando entrò in vigore l'art. 305 *bis* CPS, facendo vacillare la tenace resistenza delle lobby bancarie, ma ad una precisa condizione: evitare accuratamente che la punibilità del riciclaggio potesse avere qualche minima influenza riguardo alle infrazioni di carattere fiscale. Così incaricato dal Dipartimento federale di giustizia, pur di raccogliere il necessario consenso parlamentare, escogitai una definizione del reato a monte del riciclaggio, ossia la qualifica di crimine, tale da escludere qualsiasi influenza di carattere fiscale. Venne così agevolato anche l'adempimento dei numerosi obblighi di prevenzione antiriciclaggio che si succedettero nel tempo a carico delle migliaia di intermediari finanziari operativi sulla piazza bancaria e finanziaria svizzera. Non appena si avesse sentore di riciclaggio in relazione con infrazioni fiscali, non scattava alcun

obbligo antiriciclaggio. Tant'è vero che parecchie persone imputate di riciclaggio si guadagnarono l'assoluzione asserendo che tutte le misure di clandestinità erano state adottate da parte loro poiché gli averi patrimoniali che ne furono oggetto non erano di origine criminosa bensì soltanto sottratti all'imposizione fiscale.

Con l'andar degli anni però, e specialmente grazie, ancora una volta, all'effetto "apripista" della giurisprudenza del Tribunale federale in esecuzione delle norme sulla cooperazione internazionale in materia penale, anche la tutela degli interessi finanziari dello Stato riuscì timidamente ad aprirsi un sentiero: vennero riconosciute come reati pregressi al riciclaggio le cosiddette "truffe carosello"[1] nonché le "truffe al sussidio", commesse in danno non soltanto dell'Erario di Paesi stranieri e di organizzazioni internazionali[2], bensì anche dell'Erario svizzero.

Un'altra breccia, questa volta più consistente, nella massiccia muraglia di separazione tra i reati di diritto comune e le infrazioni fiscali, venne aperta nel 2003, quando la revisione delle 40 Raccomandazioni antiriciclaggio del GAFI comprese l'inserimento fra i reati pregressi di riciclaggio anche il contrabbando a titolo professionale (*professional smuggling*). A quell'epoca, le pressioni internazionali nei confronti del sistema bancario svizzero erano ancora così deboli da permettere di codificare questa novità in diritto svizzero con sei anni di ritardo, ossia solamente a partire dal 1° febbraio 2009. Ciò avvenne qualificando come crimine le infrazioni gravi nella fiscalità indiretta, mediante la modifica dell'art. 14, cpv. 4, DPA (Legge federale sul diritto penale amministrativo), in modo da far migrare questo comportamento dalla categoria dei delitti alla categoria dei crimini, ossia alla categoria dei reati pregressi al reato di riciclaggio punibile in base all'art. 305 *bis* CPS.

Mediante la revisione approvata il 12 dicembre 2014, il Parlamento svizzero codificò la nuova Raccomandazione antiriciclaggio n. 1/3 del GAFI mediante le modalità seguenti:

a) riguardo alle imposte dirette, mediante l'estensione della categoria dei reati pregressi al riciclaggio inserendovi anche i cosiddetti "delitti fiscali qualificati";

b) riguardo alle imposte indirette, estendendo la categoria delle infrazioni così gravi da dover essere punite come un crimine secondo la definizione dell'art. 10, cpv. 2, CPS.

---

[1] M. Krauer-Diaby, *La Suisse face à la fraude carrousel: état des lieux*, *L'expert-comptable suisse*, 2012, 86, 253 ss.; cfr. l'esempio in danno dell'Erario tedesco in STF 1A.189/2001 del 22 febbraio 2002 e in danno dell'Erario svizzero in STPF SK 003-007/04 datata 22 settembre 2004.

[2] Cfr. p. es. gli artt. 316 *bis* e 316 *ter* c.p. italiano per la punibilità delle frodi comunitarie.

Poiché il 16 febbraio 2012 vennero approvate numerose altre revisioni delle 40 Raccomandazioni antiriciclaggio del GAFI, la codificazione delle stesse in diritto svizzero comportò anche numerose altre novità, fra le quali:

a) la revisione delle norme riguardanti la trasparenza delle persone giuridiche e le azioni al portatore;

b) la definizione delle persone politicamente esposte (PEP);

c) nuove misure di diligenza riguardo ai pagamenti in contanti nelle transazioni fra commercianti;

d) nuove competenze a favore dell'Ufficio di comunicazione antiriciclaggio;

e) nuove sanzioni correlate al finanziamento del terrorismo.

Di conseguenza, l'entrata in vigore delle nuove norme legali approvate il 12 dicembre 2014 si accompagna alle norme di applicazione e di esecuzione da emanarsi a livello del Consiglio federale, riguardanti in particolare la Legge federale antiriciclaggio e la sua Ordinanza di applicazione, l'Ordinanza antiriciclaggio della FINMA sino all'adattamento anche della Convenzione di diligenza delle banche, la cui validità venne prorogata di 5 anni al 1° luglio 2013, ma senza ancora provvedere ad alcuna revisione. Un pacchetto che entrerà in vigore il 1° gennaio 2016.

La novella legislativa non ha modificato minimamente gli altri elementi costitutivi del reato di riciclaggio così come era previsto dall'art. 305 *bis* CPS. Pertanto, si potrà continuare a riferirsi alla dottrina dominante in questa materia nonché alla relativa giurisprudenza che, dal 1° agosto 1990, ebbe numerose occasioni per precisare varie questioni di applicazione e di interpretazione, in misura così ampia da non poter essere considerata in questa sede, dove ci si limita pertanto a rammentare soltanto alcuni aspetti:

a) dal punto di vista oggettivo[3], la precisazione di quei comportamenti, non soltanto attivi bensì anche omissivi[4], che sono punibili in base all'art. 305 *bis* CPS a causa della qualifica giuridica di "garante" degli intermediari finanziari;

b) dal punto di vista soggettivo, l'estensione della punibilità anche in caso di dolo eventuale[5].

La combinazione fra norme di diritto penale fiscale da una parte, e,

---

[3] Dal momento che l'entrata in vigore in diritto italiano, dal 1° gennaio 2015, della punibilità del cosiddetto "autoriciclaggio" in base all'art. 648 *ter* CPI ha risvegliato l'interesse dei giuristi e dei profani a questo riguardo, giova rammentare che l'autoriciclaggio, in diritto svizzero, è punibile sin dall'entrata in vigore dell'art. 305 *bis* CPS, ossia dal 1° agosto 1990.

[4] DTF 136 IV 188 consid. 6; 138 IV 1.

[5] Cfr. STF 6b_900/2009 datata 21.10.2010 relativa al riciclaggio del provento di corruzione.

d'altra parte, le norme riguardanti la punibilità del riciclaggio genera novità in numerosi settori, fra i quali spiccano quelli relativi agli obblighi di prevenzione e di diligenza a carico degli intermediari finanziari (cfr. Quinta Parte) nonché quelli relativi alla cooperazione internazionale in materia penale e in materia fiscale (cfr. Sesta Parte).

Seconda Parte: Infrazioni nella fiscalità diretta come reato pregresso di riciclaggio

1. – *Imposte che sono oggetto di infrazione pregressa*

La soluzione scelta dal legislatore per indicare le infrazioni fiscali da considerare come reati preliminari al riciclaggio punibile consiste nell'elencazione al nuovo capoverso 1 *bis* dell'art. 305 *bis* CPS delle due categorie seguenti di infrazioni fiscali:

a) quelle previste dall'art. 186 della legge federale del 14 dicembre 1990[6] sull'imposta federale diretta (LIFD);

b) quelle previste dall'art. 59, cpv. 1, 1° comma della legge federale del 14 dicembre 1990[7] sull'armonizzazione delle imposte dirette dei Cantoni e dei Comuni (LAID);

Mediante questa soluzione il legislatore precisa che l'oggetto dell'infrazione, la cui violazione rientra nella categoria dei "delitti fiscali qualificati", è quello delle imposte previste dalle due leggi suddette, ossia le imposte sul reddito e sulla sostanza delle persone fisiche, imposte sull'utile e sul capitale delle persone giuridiche e imposta sugli utili da sostanza immobiliare, essendo invece escluse le imposte di successione e quella sul capital gain[8].

2. – *Infrazioni costitutive di "delitto fiscale qualificato"*

Quali infrazioni fiscali preliminari al reato di riciclaggio rientrano quelle che soddisfano cumulativamente le due condizioni seguenti:

a) costituire frode fiscale secondo l'art. 186 LIFD e secondo l'art. 59, cpv. 1, 1° comma, LAID;

---

[6] RS 642.11.

[7] RS 642.14.

[8] In conformità dell'art. 16, cpv. 3, LIFD e dell'art. 7, cpv. 4b, LAID (Messaggio 13.106, cap. 2.4, pag. 627).

b) avere conseguito un risparmio fiscale indebito pari o superiore a CHF 300'000 nel corso di un periodo fiscale.

Le due categorie suddette di frode si realizzano quando un risparmio fiscale indebito venga conseguito mediante l'uso di documenti falsi, alterati o inesatti sotto il profilo del contenuto allo scopo di commettere un sottrazione d'imposta. Benché le suddette frodi rientrino nella categoria cosiddetta dei "reati di comportamento", "*Il reato è adempiuto mediante l'uso di documenti falsi, ossia la loro consegna o presentazione all'autorità fiscale, al fine di commettere una sottrazione d'imposta*"[9].

I comportamenti suddetti sono punibili come frode fiscale se sono stati commessi intenzionalmente nel senso dell'art. 12 CPS. Ciò significa che l'autore è punibile non soltanto quando abbia agito consapevolmente e volontariamente, bensì anche quando abbia agito per dolo eventuale, ossia "*agendo intenzionalmente già soltanto per il fatto di ritenere possibile il realizzarsi dell'atto e di accollarsene il rischio*" (Messaggio 13.106, cap. 2.4, pag. 626). Nel diritto penale fiscale non si richiede come elemento costitutivo di reato che la sottrazione di imposta sia stata effettivamente commessa. Per contro, il comportamento punibile per riciclaggio consistendo nella vanificazione della confisca del provento di un reato, è richiesta la sussistenza di valori patrimoniali che possano essere confiscati. Di conseguenza, riguardo alla punibilità del riciclaggio del provento di "delitti fiscali qualificati", nel Messaggio governativo (cap. 2.4., pag. 626) si precisa opportunamente quanto segue: "*Occorre quindi che si sia ottenuto un risultato, in questo caso che la sottrazione d'imposta sia stata effettivamente commessa*".

Il Messaggio governativo (cap. 2.4., pag. 626) riconosce apertamente la necessità di escogitare una soluzione che evitasse di inondare l'Ufficio federale di comunicazione antiriciclaggio da una "*marea di comunicazioni di sospetto riguardante casi insignificanti*". Per questo motivo "*è previsto di configurare la frode fiscale quale reato preliminare al riciclaggio di denaro se le imposte sottratte ammontano a oltre 200'000 franchi per anno fiscale*". Come noto, l'Assemblea federale raggiunse poi all'ultimo momento il consenso fissando questo importo minimo nella misura di 300'000 franchi svizzeri. Nel Messaggio (ibidem) si dichiara candidamente che "*Siamo consapevoli che per l'intermediario finanziario può essere difficile definire tale soglia, soprattutto se il cliente è soggetto a una legislazione fiscale estera che può divergere dal sistema fiscale svizzero*". Ciò vale a maggior ragione rispetto a quelle persone che non rientrano nella categoria degli "intermediari finanziari", ma che però sono pure potenzialmente punibili per riciclaggio, dal momento che l'art. 305 *bis*, a differenza dell'art. 305 *ter* CPS, è applica-

[9] Messaggio 13.106, cap. 2.4, pag. 626.

bile non solamente agli intermediari finanziari bensì a "chiunque", ossia indipendentemente dalla professione esercitata dal potenziale autore del reato di riciclaggio.

Anzitutto, questa soluzione ha per effetto che la sussistenza del "delitto fiscale qualificato" dipenderà anche dalla sovranità fiscale alla quale è sottoposto l'autore dell'infrazione fiscale a monte. Infatti, il calcolo dell'importo sottratto dipenderà dalle aliquote applicabili nei suoi confronti, che possono divergere, in territorio svizzero, da Comune a Comune, e da Cantone a Cantone. Tali divergenze sussistono anche fra i diversi Paesi nel caso in cui l'autore dell'infrazione fiscale a monte risieda fuori dalla Svizzera, ossia, in altre parole, se sia sottoposto alla sovranità fiscale di un Paese straniero.

Analoga difficoltà insorge riguardo alla sussistenza o meno dell'altro requisito che caratterizza il "delitto fiscale qualificato", dovendosi stabilire di volta in volta quale sia il periodo fiscale previsto per l'autore del "delitto fiscale qualificato", a seconda del regime fiscale al quale è sottoposto. Quello svizzero prevede il periodo fiscale di un anno, a differenza da quello di molti altri Paesi. Supponendo ora che l'infrazione fiscale venga commessa sull'arco di più periodi fiscali, si dovrà stabilire se il calcolo della soglia superiore ai 300'000 franchi si debba compiere separatamente per ogni periodo fiscale oppure se si debbano sommare gli importi sottratti per ogni periodo fiscale[10].

Si aggiunge poi un secondo dilemma, dovuto alla necessità di calcolare l'importo minimo tenendo conto della globalità dei vantaggi connessi alla frode messa in atto e non solamente di quella parte che è imputabile agli averi patrimoniali depositati in territorio svizzero oppure presso l'uno o l'altro intermediario finanziario[11].

L'elemento costitutivo oggettivo dell'inganno astuto che qualifica come frode la sottrazione fiscale semplice, è analogo a quello previsto dall'art. 146 CPS che punisce il reato di truffa. Di conseguenza, ci si può utilmente riferire

a) all'ampia giurisprudenza federale in questa materia[12] nonché

b) a quella elaborata riguardo alla truffa ai sussidi in applicazione dell'art. 14, cpv. 2, DPA[13] nonché

---

[10] U. Cassani, *Commentaire du droit penalè suisse*, Berna, 1966, 20, risponde negativamente, sostenendo che le infrazioni commesse per ogni periodo fiscale non costituiscano un'unità fra di loro.

[11] U. Cassani, *op. cit.*, 20.

[12] Cfr. U. Cassani, *Der Begriff der arglistigen Täuschung als kriminalpolitische Herausforderung*, *RPS*, 1999, 117, 152 ss.

[13] DTF 137 IV 25, 31; DTF 125 II 250, 257; STF 1A.244/2002 del 24 ottobre 2003, consid. 3.4.

c) in applicazione dell'art. 24, cpv. 1, OAIMP[14] oppure

d) a quella per l'interpretazione del concetto di "*fraud or the like*" in base all'art. 26 CDI-US 1996[15].

Secondo quest'ultima giurisprudenza rientrano fra le manovre fraudolente: l'utilizzazione di un bilancio falso, di una falsa dichiarazione di completezza, di altri documenti ingannevoli, come per esempio fatture false[16], l'utilizzazione di un sistema di sotto o sovrafatturazione[17], e simili.

Viene inoltre considerata fraudolenta anche l'interposizione di una struttura, come per esempio di una società di comodo non operativa con sede in un Paese offshore, ma soltanto quando ciò avvenga al fine di ingannare l'autorità fiscale ossia senza "giocare il gioco della persona giuridica"[18]. Si tratta delle centinaia di migliaia di società di sede, fondazioni di famiglia e trust[19] che vennero messe a disposizione di contribuenti esteri, clienti di banche svizzere, allo scopo di simulare la terzietà di una persona giuridica. In realtà, invece, l'avente diritto economico, fondatore di una fondazione di famiglia oppure *settlor* di un trust aveva conservato il potere di disporre, seppure indirettamente, sugli averi patrimoniali che aveva trasferito a favore della entità giuridica costituita a scopo elusivo[20].

L'applicabilità della giurisprudenza federale riguardante il concetto di inganno astuto trascina seco anche la giurisprudenza secondo cui la protezione penale deve essere riservata alla cosiddetta "vittima critica" ("*kritisches Opfer*"). Questa giurisprudenza non è però applicabile quando il contribuente abusi di un sistema di dichiarazione e di prelievo preventivo che sia fondato su una posizione di fiducia nei confronti dell'autorità fiscale, spe-

---

[14] Ord., 24 febbraio 1982 sull'assistenza internazionale in materia penale (RS 351.11).

[15] RU 1999, 1460.

[16] STF 1A.65/2002 del 18 giugno 2002, consid. 6.2; X. Oberson, *Tax Fraud or the Like selon l'art. 26 de la CDI de 1996 US Suisse*, *ASA*, 2012/2013, 101, 106.

[17] STF 2A.551/2001 del 12 aprile 2002, consid. 5. b); RDAF 2002 II 303, 311.

[18] "*Das Spiel der juristischen Person zu spielen*", così come previsto dal Tribunale amministrativo federale nella sentenza A-737/2012 del 5 aprile 2012, consid. 7.5.5. riguardante una rogatoria statunitense relativa ad un cliente del Credito Svizzero.

[19] Si veda la dottrina svizzera riguardante lo *Sham Trust* (*trust* finto) esposta da L. Thévenoz, *Les trusts sont-ils effectivement reconnus en Suisse? : un bilan sept ans après la ratification de la Convention de La Haye sur les trusts*, *RSDA*, 2014, 2, 161-174, e in particolare la citazione della sentenza del Bezirksgericht di Zurigo del 1° febbraio 1994 riguardante il fallimento del Gruppo del finanziere W. K. Rey: «*Il y a sham trust lorsque le settlor utilise le trust de manière artificielle; tel est le cas s'il conserve de fait tous les pouvoirs sur les biens en trust, qu'il entend récupérer en fin de compte*» (cfr. *op. cit.*, 165).

[20] *Legal arrangements* secondo la nuova definizione utilizzata dal G20 nel suo documento approvato in occasione del suo vertice di Brisbane in data 16 novembre 2014.

cialmente straniera. Di conseguenza, devono essere considerati come costitutivi di frode anche quei comportamenti e quelle omissioni che abusano dei meccanismi messi in atto dagli accordi sul modello Rubik, dagli Accordi sulla fiscalità del risparmio con l'Unione europea, dal *Qualified Intermediary Agreement* concluso con il fisco statunitense oppure dallo statuto di *Participating Foreign Financial Institution* in applicazione della FATCA[21].

3. – *Origine dal reato preliminare*

La dottrina, sia prima che dopo la pubblicazione dell'avamprogetto di revisione dell'art. 305 *bis* CPS riguardante la punibilità del riciclaggio del "provento di infrazioni fiscali gravi", ha frequentemente messo in risalto la difficoltà dogmatica generata dalla differenza fra i classici reati di diritto penale comune a monte del riciclaggio, come p. es. i reati patrimoniali, la corruzione, i traffici illeciti, da una parte e, dall'altra parte, le infrazioni di carattere fiscale. Infatti, se per i reati di diritto penale comune è manifesta la caratteristica di "provento" del reato, riguardo alle infrazioni fiscali il risparmio indebito conseguito grazie alle stesse, nella grande maggioranza dei casi, è il provento di attività lecite, di cui una parte, peraltro non determinata, risulterebbe soltanto "contaminata" poiché non venne dichiarata all'Erario[22]. Ciò malgrado, il Tribunale federale ha più volte ammesso la confisca di un avere patrimoniale che fosse il frutto di un risparmio, purché indebito[23], anche in caso di sottrazione fiscale[24].

Malgrado le difficoltà dottrinali riguardo alla localizzazione del "provento" del delitto fiscale qualificato all'interno del patrimonio dell'autore di quest'ultimo, appare sostenibile che si possa considerare come "provento" il valore patrimoniale che non sia stato dichiarato e che, in particolare, sia stato depositato presso un determinato conto bancario, considerando appunto che questi determinati averi patrimoniali possano essere sequestrati e, se del caso, successivamente confiscati, in applicazione dell'art. 72 CPS che prevede la confisca del credito compensatorio, ossia la confisca per equivalente.

Non si scontra invece con questa difficoltà dogmatica l'avere patrimoniale che sia reperibile come credito dell'autore del delitto fiscale qualificato

---

[21] Si veda l'ampia giurisprudenza citata a questo riguardo da U. Cassani, *op. cit.*, 21, note in calce 68-72.

[22] Si veda a questo riguardo l'ampia dottrina citata da U. Cassani, *op. cit.*, 22 e 23, alle note in calce da 74 a 76.

[23] Cfr. giurisprudenza citata da U. Cassani, *op. cit.*, 22, nota in calce 77.

[24] Cfr. giurisprudenza citata da U. Cassani, *op. cit.*, 23, nota in calce 78, con citazione della dottrina che ha aderito alla suddetta giurisprudenza federale, nota in calce 79.

nei confronti di una banca che sia stata indotta mediante inganno astuto a considerare il contribuente come non sottoposto all'obbligo di prelievo, p. es. quello previsto dall'Accordo sulla fiscalità del risparmio con l'Unione Europea, dal *Qualified Intermediary Agreement,* dalla Legge FATCA, da un Accordo sul modello Rubik, come quelli ratificati dalla Svizzera con l'Austria e l'Inghilterra, oppure dalla Legge federale sul prelevamento dell'imposizione fiscale straniera[25].

4. – *Riciclaggio del provento di "delitto fiscale qualificato" commesso all'estero*

La soluzione adottata dal legislatore svizzero per codificare la punibilità del riciclaggio del provento di "infrazione fiscali gravi", e ciò mediante la revisione dell'art. 305 *bis* CPS, ha per effetto, fra l'altro, di mettere sullo stesso piano i "delitti fiscali qualificati" indipendentemente dal fatto che siano commessi in danno dell'Erario svizzero oppure dell'Erario di un Paese straniero. Pertanto, il nuovo art. 305 *bis* CPS è applicabile anche nel caso di "delitti fiscali qualificati" commessi in danno dell'Erario di un Paese straniero, e ciò anche nel caso in cui, come spesso avviene, l'infrazione a monte sia stata commessa totalmente o parzialmente in territorio estero, come previsto dal terzo capoverso dell'art. 305 *bis* CPS.

Quanto sopra però solamente a condizione che il reato a monte costituisca reato anche nel luogo in cui è stato compiuto.

Secondo il Messaggio del Consiglio federale (cap. 2.4., pag. 627) "*Affinché la disposizione non rimanga lettera morta se l'atto viene compiuto all'estero, la condizione della doppia incriminazione non può essere interpretata in maniera troppo restrittiva. (...) Se all'estero è punibile già la «mera» sottrazione d'imposta, deve essere considerata soddisfatta la condizione della doppia incriminazione*".

Si tratta di una soluzione *contra legem*. Infatti, non soltanto il legislatore svizzero, ma addirittura lo stesso GAFI, ha voluto riservare la punibilità del riciclaggio esclusivamente al provento delle infrazioni fiscali gravi *(serious tax crimes*). Per contro, applicando l'interpretazione proposta nel Messaggio governativo, si avrebbe un effetto ben diverso, estendendo la punibilità del riciclaggio a tutti i tipi di infrazioni fiscali, comprese quelle commesse nelle modalità semplici e non aggravate. Allo scopo di applicare il criterio della doppia punibilità basterà semplicemente riferirsi all'ampia giurisprudenza federale e relativa dottrina pressoché unanime relativa all'analisi preliminare

[25] Cfr. U. Cassani, *op. cit.*, 22.

effettuata nei confronti delle rogatorie estere presentate nell'interesse di procedimenti penali pendenti all'estero per reati fiscali. Non solo in applicazione dell'art. 3, cpv. 3, AIMP nella sua versione in vigore già dal 1° gennaio 1981, ma anche in applicazione delle norme riguardanti le domande di assistenza fondate sulla clausola dello scambio di informazioni prevista da numerose CDI, le istanze giudiziarie federali di ricorso ebbero modo di individuare quale criterio discriminante quella *vis delinquendi* che corrispondeva al criterio dell'inganno astuto previsto dall'art. 146 CPS e dalle norme che puniscono la frode fiscale[26].

Parimenti, allo scopo di rispettare il criterio legale della doppia punibilità, il requisito della soglia minima di 300'000 franchi o del corrispondente importo in valuta estera per periodo fiscale, andrà "*calcolato secondo la legislazione del Paese nel quale il cliente è assoggettato*" (Messaggio, cap. 2.4., pag. 627).

5. – *Divieto di applicazione retroattiva*

Il divieto assoluto di applicazione retroattiva vigente riguardo al diritto materiale penale comporta la non punibilità per titolo di riciclaggio del provento di delitti fiscali qualificati secondo l'art. 305 *bis*, cpv. 1 *bis*, CPS commessi prima dell'entrata in vigore di questa norma[27]. Siccome però il reato di riciclaggio sussiste soltanto nella misura in cui sia stato commesso un reato a monte, era necessario precisare l'applicabilità del divieto della retroattività penale con riguardo a questo reato specifico. Ciò avvenne mediante la disposizione transitoria così espressa all'art. 4 della legge federale approvata il 12 dicembre 2014 che recita:

"*Disposizione transitoria della modifica del 12 dicembre 2014*

L'articolo 305 bis *non è applicabile ai delitti fiscali qualificati ai sensi dell'articolo 305* bis *numero 1* bis *commessi prima dell'entrata in vigore della modifica del 12 dicembre 2014*".

Gli effetti di questa sorta di immunità cessano però riguardo ai delitti fi-

---

[26] Ammettendo la fondatezza di queste critiche, in occasione del dibattito parlamentare, il Capo del DFF ha riconosciuto in modo esplicito che questa interpretazione fosse eccessivamente estensiva, "*Massgebend ist das schweizerische Recht, um festzustellen, ob die Voraussetzungen gegeben sind*" (Bull. CS 2014, pag. 172).

[27] Messaggio governativo cap. 2.4, pag. 628, ripreso peraltro esplicitamente nella cifra 4 della Legge concernente l'attuazione delle Raccomandazioni del GAFI, così come introdotta dal Consiglio degli Stati nella sessione autunnale del 2014, ora codificato come norma transitoria (meglio, di diritto intertemporale) in connessione con l'art. 305 *bis*, cpv. 1 *bis*, CPS.

scali qualificati commessi dopo l'entrata in vigore del nuovo art. 305 *bis* CPS. Pertanto, se p. es. il cliente di un intermediario finanziario operativo in Svizzera dovesse continuare anche dopo l'entrata in vigore del nuovo art. 305*bis* CPS a sottrarsi ai suoi obblighi fiscali, può scattare la punibilità per titolo di riciclaggio nella misura in cui, a partire dell'entrata in vigore della norma, l'elusione di obblighi fiscali da parte del contribuente sia da giudicarsi come "delitto fiscale qualificato" ai sensi del nuovo cpv. 1 *bis* dell'art. 305 *bis* CPS. Si potrebbe pertanto immaginare che gli averi patrimoniali depositati presso un conto bancario che siano il frutto di una frode fiscale, commessa prima dell'entrata in vigore del nuovo art. 305 *bis* CPS ("*Altlasten*", "*legacy*"), non debbano necessariamente costituire il "provento" di un'infrazione fiscale considerabile come "delitto fiscale qualificato" a partire dell'entrata in vigore del nuovo art. 305 *bis* CPS.

Diversa sarebbe invece la soluzione nel caso in cui gli averi patrimoniali in questione fossero stati sottratti prima dell'entrata in vigore del nuovo art. 305 *bis* CPS ad obblighi di prelevamento anticipato e lo fossero ancora dopo l'entrata in vigore del nuovo art. 305 *bis* CPS. In tal caso, infatti, l'azione e/o omissione da parte del cliente dovrebbe poter essere giudicata come "delitto fiscale qualificato" anche dopo l'entrata in vigore del nuovo art. 305 *bis* CPS, per cui scatterebbe la punibilità per titolo di riciclaggio. In sostanza, scatta la punibilità per riciclaggio da quando si perfeziona un "delitto fiscale qualificato" soltanto a partire dall'entrata in vigore[28], in modo autonomo rispetto al periodo antecedente, e ciò anche se si tratta di averi patrimoniali già "contaminati" fiscalmente prima dell'entrata in vigore.

Terza Parte: Infrazioni nella fiscalità indiretta come reato pregresso di riciclaggio

1. – *Imposte che sono oggetto dell'infrazione pregressa*

Mediante la revisione approvata il 12 dicembre 2014, il legislatore svizzero intese estendere aldilà del contrabbando doganale[29] la categoria delle imposte indirette protetta dall'art. 14, cpv. 4, DPA in modo da renderla ap-

[28] Cfr. C. Suter, C. Remund, *Neue Vortaten zur Geldwäscherei im Steuerstrafrecht: welche Konsequenzen für Finanzintermediäre?*, *ASA*, 1982, 604, nota 133.

[29] Inoltre, "*dato che è finalizzata a introdurre un reato preliminare più esteso in materia di imposte indirette, ma deve anche rimanere applicabile al contrabbando doganale, la disposizione troverà applicazione specifica in materia di tasse e doganale*" (Messaggio, cap. 1.2.4.2, pagg. 582, 583, 633).

plicabile anche alle infrazioni in danno dell'imposta preventiva, delle tasse di bollo, dell'iva dovuta sulle forniture effettuate in territorio svizzero, delle imposte speciali di consumo (come le imposte sull'alcol, sulla birra, sul tabacco e sugli oli minerali riscosse sulla produzione nazionale) nonché sulle prestazioni di servizio.

2. – *Infrazione fiscale grave*

Come già per le imposte dirette, anche per le imposte indirette, nella categoria delle infrazioni a monte del riciclaggio rientrano soltanto le infrazioni qualificate in base ai criteri seguenti:

a) frode commessa mediante "inganno con astuzia" secondo il concetto previsto anche per la punibilità della truffa di diritto comune (art. 146 CPS), ossia affermando cose false e/o dissimulando cose vere e/o confermando subdolamente l'errore della vittima. Pertanto, "*l'astuzia non è tuttavia realizzata, se l'ente pubblico avrebbe potuto proteggersi dalla truffa prestando un minimo d'attenzione o evitando l'errore con il minimo di prudenza che si sarebbe potuto da esso ragionevolmente esigere*" (Messaggio, cap. 2.5., pag. 629);

b) l'inganno con astuzia deve trovarsi in una situazione di nesso causale rispetto al risultato punibile, ossia il conseguimento fraudolento di una prestazione oppure la sottrazione di una somma importante all'ente pubblico oppure un pregiudizio cagionato in altro modo agli interessi patrimoniali dell'ente pubblico.

Il pregiudizio agli interessi patrimoniali oppure ad altri diritti dell'ente pubblico deve essere di entità particolarmente considerevole ossia, secondo la giurisprudenza federale in materia penale-fiscale, per somme non corrisposte superiori almeno a 15'000 franchi[30]. In questo senso, l'infrazione fiscale punibile in base all'art. 14, cpv. 4, DPA costituisce un reato di evento, poiché presuppone che "*il fine di procurare a sé o ad altri un indebito profitto o di pregiudicare gli interessi patrimoniali o i diritti dell'ente pubblico*" si sia effettivamente realizzato (Messaggio cap. 2.5., pag. 630).

Deve inoltre essere soddisfatto l'elemento costitutivo del reato commesso "per mestiere"[31] oppure in "collaborazione con terzi". Con ciò si sottoli-

---

[30] Cfr. la giurisprudenza e la dottrina citata nel Messaggio governativo alla nota in calce n. 70 a pag. 630.

[31] Nel senso che l'autore deve agire a titolo professionale in modo che "*risulta dal tempo e dalle risorse dedicati agli atti delittuosi, dalla frequenza degli atti durante un periodo determinato, come pure dai proventi prospettati o realizzati, che esercita la sua attività reprensibile come una sorta di professione. Un'attività reprensibile esercitata quasi a titolo accessorio può bastare perché sia considerata svolta per mestiere*". (Messaggio cap. 2.5, pag. 631).

nea "*il fatto che gli autori pianificano sistematicamente un reato e ogni singola persona fornisce un contributo essenziale alla sua pianificazione, preparazione ed esecuzione*" (Messaggio cap. 2.5., pag. 632), ciò che ovviamente non può realizzarsi per negligenza bensì esclusivamente intenzionalmente.

3. – *Connessione fra l'infrazione pregressa a monte e gli averi patrimoniali oggetto di riciclaggio*

Si ripropone anche per l''applicazione dell'art. 14, cpv. 4, DPA la medesima problematica per l'applicazione dell'art. 305 *bis* CPS relativamente alla infrazioni nella fiscalità diretta. All'epoca della codificazione delle Raccomandazioni antiriciclaggio approvate dal GAFI nel 2003 riguardo al riciclaggio del provento di contrabbando per mestiere, questa questione non si poneva, poiché l'infrazione a monte, ossia il contrabbando commesso per mestiere e in banda, "produce" valori patrimoniali che rappresentano il provento dell'attività illecita. Anche tra le infrazioni che ora figurano fra quelle a monte del riciclaggio secondo la nuova versione dell'art. 14 DPA, ve ne sono alcune che "producono" valori patrimoniali inindividuabili e che si possano localizzare all'interno del patrimonio dell'autore dell'infrazione. D'altra parte però, vi figurano anche infrazioni fiscali che "producono" soltanto un risparmio fiscale indebito. A questo riguardo valgono pertanto i criteri interpretativi già descritti riguardo ai requisiti relativi alle imposte dirette.

4. – *Punibilità del riciclaggio del provento di infrazione fiscale grave commessa all'estero*

Come già riguardo alla fiscalità diretta, anche il riciclaggio del provento di infrazioni fiscali gravi nella fiscalità indiretta tutela non soltanto gli interessi dell'Erario svizzero, bensì anche gli interessi dell'Erario di altri Stati. E non potrebbe essere altrimenti, anche perché l'art. 14 DPA, benché figuri in una legge di diritto penale amministrativo, essendo nato storicamente per tutelare gli interessi finanziari della Confederazione, è stato completato aggiungendovi la cifra 4, dichiarando punibile come crimine la modalità aggravata, proprio in esecuzione di una delle Raccomandazioni antiriciclaggio del GAFI modificate nel 2003. Sarebbe stato incompatibile con il contenuto e lo scopo della Raccomandazione approvata dal GAFI il 16 febbraio 2012 codificarla mediante una norma di diritto svizzero che proteggesse gli interessi soltanto dell'Erario svizzero e non quelli degli altri Paesi.

Mediante la nuova versione dell'art. 14, cpv. 4, DPA, una nuova serie di infrazioni è stata inserita nella categoria dei crimini, ossia delle infrazioni punibili con una pena privativa di libertà superiore ai 3 anni. Di conseguenza, è diventato punibile il riciclaggio anche del provento di tutte queste nuove categorie di infrazioni agli obblighi nella fiscalità indiretta. Pertanto, in applicazione del cpv. 3 dell'art. 305 *bis* CPS, è punibile in territorio svizzero il riciclaggio anche del provento di queste infrazioni fiscali gravi quand'anche commesse totalmente o parzialmente in territorio estero. Permane ovviamente, come riguardo alla fiscalità diretta, il requisito della doppia punibilità (cfr. Seconda Parte, par. 4.), nel senso che si giudica secondo il diritto svizzero se l'infrazione fiscale aggravata commessa all'estero soddisfi tutti i requisiti di un reato a monte secondo l'art. 305 *bis* CPS.

Nella prassi giudiziaria si riscontrano spesso infrazioni gravi nella fiscalità indiretta commesse in danno dell'Erario di Paesi stranieri, operando contemporaneamente sia in territorio straniero che in territorio svizzero, dove vengono messe a disposizione società non operative con sede in Paesi offshore, allo scopo di occultare meccanismi destinati a commettere frodi doganali e frode all'iva. In questi casi, chi opera in territorio svizzero potrebbe essere perseguito sia dall'autorità penale estera per partecipazione all'infrazione fiscale aggravata pregressa, sia anche dall'autorità penale svizzera per il riciclaggio del provento di questa stessa frode.

5. – *Divieto di applicazione retroattiva*

Come sempre, riguardo al diritto penale materiale vale il divieto assoluto di applicazione retroattiva, per cui tutte quelle nuove modalità di infrazioni gravi collegate alla fiscalità indiretta che sono state inserite nella nuova versione dell'art. 14, cpv. 4, DPA diventano punibili esclusivamente a partire dall'entrata in vigore di questa nuova versione. Pertanto, il Parlamento non ha ritenuto necessario equipaggiare la nuova versione dell'art. 14, cpv. 4, DPA con la medesima esplicitazione prevista come accompagnamento della nuova versione dell'art. 305 *bis* CPS, precisando che la stessa norma non si sarebbe applicata ai delitti fiscali qualificati commessi prima dell'entrata in vigore dell'art. 305 *bis* CPS. L'effetto però è il medesimo, nel senso che, siccome le infrazioni fiscali gravi collegate alla fiscalità indiretta prima dell'entrata in vigore della nuova versione dell'art. 14, cpv. 4, DPA non erano punibili come crimini, non è ipotizzabile la punibilità del riciclaggio del provento di questo tipo di infrazioni fiscali commesse prima dell'entrata in vigore dell'art. 14, cpv. 4, DPA nella versione approvata il 12 dicembre 2014.

Quarta Parte: Responsabilità penale dell'impresa per riciclaggio del provento di infrazione fiscale grave

Secondo il cpv. 2 dell'art. 102 CPS, la responsabilità penale dell'impresa scatta nel caso in cui il reato di riciclaggio, come pure gli altri reati elencati in questo capoverso, sia da ricondurre ai cosiddetti "difetti organizzativi" ("*Organisationsmängel*", "*défauts d'organisation*") in seno all'impresa. Dal momento che, in virtù della nuova versione dell'art. 305 *bis* CPS nonché della nuova versione dell'art. 14, cpv. 4, DPA, diventano punibili in diritto svizzero il riciclaggio del provento di "delitti fiscali qualificati" collegati alla fiscalità diretta nonché le "infrazioni fiscali gravi" collegate alla fiscalità indiretta, la responsabilità penale dell'impresa scatta anche nel caso in cui, a causa di difetti organizzativi di quest'ultima, venga commesso il riciclaggio del provento di infrazioni fiscali gravi nella fiscalità diretta e nella fiscalità indiretta.

La responsabilità penale dell'impresa riguarda qualsiasi tipo di impresa indipendentemente dal settore economico. Poiché sono prevalentemente gli intermediari finanziari ad operare professionalmente con valori patrimoniali di terzi, si può ipotizzare che la responsabilità penale dell'impresa per riciclaggio del provento di infrazioni fiscali gravi riconducibile al difetto organizzativo dell'impresa possa riguardare specialmente il settore dell'intermediazione finanziaria, ossia banche, compagnie di assicurazione, commercianti di valori mobiliari, gestori patrimoniali e simili[32].

Allo scopo di sfuggire a questo rischio legale, le imprese del settore bancario e finanziario dovranno dotarsi di norme interne e di modelli organizzativi[33]. che permettano di soddisfare i requisiti di vigilanza accresciuti corrispondentemente alle nuove categorie di reati pregressi del reato di riciclaggio. Pertanto, proprio in vista dell'entrata in vigore delle nuove versioni dell'art. 305 *bis* CPS e dell'art. 14, cpv. 4, DPA, ormai quasi tutte le banche svizzere si sono dotate di norme interne specifiche per evitare di trovarsi confrontate con procedimenti penali svizzeri per titolo di riciclaggio in base alla nuova versione delle due norme suddette nonché con procedimenti amministrativi da parte delle autorità di vigilanza per carente gestione di questi nuovi rischi legali e reputazionali[34].

---

[32] Riguardo alla responsabilità penale del personale cfr. M.J. Hilf, *Bankenstrafrecht: die Strafbarkeit der Mitarbeitenden, des Managements der Bank*, in *Banken zwischen Strafrecht und Aufsichtsrecht*, Basel, 2014, 15 ss.; S. Brinkschulte, *Bankengeheimnis und Steuerstrafrecht*, Bonn, 2013, 72 ss.

[33] Ci si riferisce al genere di quelli adottati in Italia per soddisfare i requisiti della l. n. 231 del 2001.

[34] Cfr. X. Oberson, *Analyse critique du projet de loi sur la mise en œuvre des re-*

Quinta Parte: Obblighi di prevenzione antiriciclaggio

La legislazione di prevenzione del riciclaggio così come definito dall'art. 305 *bis* CPS appena riveduto prevede una serie di obblighi speciali a carico degli intermediari finanziari che sono stati codificati nella legge federale antiriciclaggio nonché nell'Ordinanza antiriciclaggio della FINMA, corrispondentemente aggiornati alla nuova versione dell'art. 305 *bis* CPS approvata il 12 dicembre 2014 nonché alla nuova versione dell'art. 14, cpv. 4, DPA approvata nella medesima occasione. Proprio a questo scopo all'art. 6, cpv. 2, lett. *b*), LRD è stato introdotto un riferimento esplicito al delitto fiscale qualificato, affinché gli obblighi di diligenza particolare antiriciclaggio comprendano anche questo nuovo reato pregresso al riciclaggio.

Scattano in particolare tutti gli obblighi di comunicazione nei confronti dell'Ufficio federale di comunicazione così come previsto esplicitamente dall'art. 9, cpv. 1, lett. *a*), n. 2 e lett. *c*), LRD.

In sostanza, malgrado la reazione negativa delle parti interessate in occasione della consultazione avviata dal Consiglio federale riguardo alla cosiddetta "*Weissgeldstrategie*", quest'ultima è già stata promossa autonomamente da parte delle banche svizzere in esecuzione degli obblighi di gestione del rischio legale e reputazionale sanzionati da parte della FINMA[35]. Ciò avvenne proprio in vista delle nuove versioni dell'art. 305 *bis* CPS e dell'art. 14, cpv. 4, DPA, che hanno generato autonomamente un'estesa applicazione della strategia del denaro fiscalmente dichiarato. L'intermediario finanziario ne deve tenere conto per l'adattamento del profilo *Know Your Customer*, per la categorizzazione dei clienti e delle transazioni nelle diverse categorie di rischio e per tutti gli altri obblighi antiriciclaggio.

Secondo il Consiglio federale sarebbe stato necessario avviare contemporaneamente anche la cosiddetta "strategia del denaro fiscalmente dichiarato" ("*Weissgeldstrategie*"). Per questa ragione, il 27 febbraio 2013 era stato posto in consultazione un avamprogetto di revisione della legge federale sul

---

commandations du GAFI, *Jusletter*, 2014, 24 marzo; R. Schwob, *Tax Crimes als Vortaten zu Geldwäscherei?*, *Der Schweizer Treuhänder*, 2011, 281; R. Waldburger, S. Fuchs, *Steuerdelikte als Vortaten zur Geldwäscherei*, *IFF Forum für Steuerrecht*, 2014, Heft 2014, 2, 111 ss.

[35] Cfr. U. Zulauf, *"Weissgeldstrategie" für das Schweizer Private Banking?*, *Vermögensverwaltung*, 2013, VI, 7 ss.; S. Matthey, *Les nouveaux devoirs de diligence des intermédiaires financiers en matière fiscale - Interrogations d'un praticien*, in *Contribution à la Journée ILCE du 27.06.2013*; A. Rappo, *Infractions fiscales, blanchiment d'argent et obligations de diligence*, in *Blanchiment d'argent : actualité et perspectives suisses et internationales*, Parigi, 2014, 81 ss.; O. Strasser, *Weissgeldstrategie und Sorgfaltspflicht der Banken*, *St. Galler Tagung zur Finanzmarktregulierung*, 6 dicembre 2013.

riciclaggio, che venne però congelato a causa dell'opposizione espressa durante la consultazione. In realtà, il Parlamento svizzero, mediante la sua novella del 12 dicembre 2014, ha però promosso da parte degli intermediari finanziari proprio la messa in opera della *Weissgeldstrategie* come complesso di misure necessarie per adeguarsi agli obblighi che scaturiscono dalla revisione dell'art. 305 *bis* CPS e dell'art. 14, cpv. 4, DPA[36].

Infatti, di conseguenza, l'intermediario finanziario dovrà applicare anche al riciclaggio collegato alle infrazioni fiscali gravi i nuovi obblighi di diligenza[37] introdotti mediante la revisione della LRD approvata contestualmente il 12 dicembre 2014[38].

In modo generale, quei parametri che notoriamente riconducevano ad uno scopo di infrazione fiscale, diventeranno ora indizi di un retroscena potenzialmente criminoso[39].

Per completezza, si rammenta che nuove norme speciali antiriciclaggio sono ora previste per una nuova categoria di professionisti e precisamente i cosiddetti "commercianti"[40], riguardo ai pagamenti in contanti per importi superiori a CHF 100'000.

D'altra parte, ha concorso agli sviluppi suddetti anche la preoccupazione sempre crescente da parte non soltanto dei membri di organi dirigenti delle banche, delle compagnie di assicurazioni e di altri intermediari finanziari, ma anche da parte di singoli dipendenti, di rimanere coinvolti in procedimenti penali o procedimenti amministrativi avviati all'estero per titolo di partecipazione alle infrazioni fiscali commesse da parte della propria clientela. La cronaca giudiziaria quotidiana, a partire dall'inchiesta promossa dalle autorità USA contro l'UBS nel 2008, si arricchisce ormai continuamente di procedure di questa natura, promosse non soltanto negli USA bensì anche in

---

[36] C. Suter, C. Remund, *op. cit.*, 622, 624.

[37] Cfr. dello stesso Autore, *Avvocato, dove vado?*, 2° ed., Bellinzona, 2014, 139-146.

[38] C. Suter, C. Remund, *op. cit.*, 589 ss.; cfr. inoltre dello stesso Autore, *Diligenza delle banche svizzere in materia fiscale*, in *Liber amicorum per Marco Bernasconi*, Lugano 2015, 477 ss.

[39] «*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*» U. Cassani, *L'infraction fiscale comme crime sous-jacent au blanchiment d'argent: considérations de lege ferenda*, *RSDA*, 2013, 12, 24; O. Strasser, *op. cit.*

[40] L'art. 2, cpv. 1, lett. *b*), LRD definisce come commercianti "*le persone fisiche e giuridiche che negoziano beni a titolo professionale ricevendo in pagamento denaro contante*". I nuovi obblighi a loro carico sono previsti dagli artt. 8a, 9 cpv. 1 *bis*, 10a cpv. 5, 15 LRD: sono in pratica equiparabili a quelli già vigenti a carico degli intermediari finanziari.

numerosi altri Paesi dell'Unione europea, fra i quali spiccano la Germania, la Francia e l'Italia. Pertanto, nei limiti di questo nostro contributo, non è possibile una trattazione di tutti questi sviluppi giuridici, che rappresentano però anche una parte consistente dell'evoluzione della prassi applicata dalla FINMA sia nell'ambito della gestione del rischio transfrontaliero, sia anche in applicazione delle regole sulla garanzia di attività irreprensibile[41].

La prassi bancaria svizzera si estende ormai anche a raccomandare alla propria clientela di utilizzare i benefici offerti dai programmi di *voluntary disclosure* varati di recente da numerosi Stati[42].

Sesta Parte: Cooperazione internazionale nell'interesse di procedimenti per riciclaggio in materia fiscale

1. – *Cooperazione giudiziaria internazionale vigente in materia penale*

Allo scopo di acquisire una visione completa della rilevanza delle novità della cooperazione internazionale in materia penale e in materia penale-fiscale conseguenti alla revisione approvata il 12 dicembre 2014, si deve tenere presente il diritto vigente a quell'epoca, ossia l'art. 3, cpv. 3, AIMP, che recita quanto segue:

"*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:*

---

[41] T. Fuhrer, *Die strafrechtliche Mitverantwortung von Bankangestellten für Steuerdelikte der Bankkunden*, in *Les enjeux juridiques du secret bancaire, Actes de l'ILCE*, Zürich, 2011, 5, 185 ss.

[42] Cfr. per l'Italia, T. Fuhrer, *Banche e fiduciarie svizzere: obblighi per la voluntary disclosure*, in *Voluntary Disclosure, Guida Pratica*, Gruppo 24 Ore, Milano, 2015, 67 ss., nonché la clausola n. 2.2.6 della *Road Map* italo-svizzera firmata a Milano il 23 febbraio 2015, che recita: "*Both parties note that, based on Italian or Swiss law, respectively, banks, financial institutions as well as consultants and their employees are responsible for their own tax infringements. In principle, they are note liable to penalties for tax infringements of their clients. 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 behaviour, whenever it will be necessary. Their behaviour will be considered cooperative if, for example, they have contacted their clients who are Swiss or Italian taxpayers to encourage them to use the regularization mechanism available, if appropriate, or if they spontaneously ask their Italian or Swiss clients whether the assets deposited are duly taxed in Italy or Switzerland*".

a) a una domanda d'assistenza secondo la parte terza della presente legge se il procedimento verte su una truffa in materia fiscale[43]*;*

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[44]".

A favore dei Paesi membri dell'Unione Europea la cooperazione internazionale è prevista anche in applicazione degli artt. 51 ss. dell'Accordo di adesione allo spazio di Schengen, entrato in vigore il 17 dicembre 2008. Inoltre, la cooperazione internazionale è prevista in misura ancora più estesa riguardo anche alle infrazioni semplici, ma soltanto nella fiscalità indiretta, in applicazione del cosiddetto Accordo antifrode con i Paesi dell'Unione Europea[45].

Inoltre, dopo la dichiarazione del Consiglio federale del 13 marzo 2009, in vista del vertice del G20 di Londra del 2 aprile 2009, il Parlamento svizzero ha ratificato con numerosi Paesi convenzioni contro la doppia imposizione che contengono una clausola per lo scambio di informazioni estesa non solo alla frode fiscale, bensì anche ad ogni altra forma di reato fiscale, comprese le infrazioni equiparabili alla sottrazione fiscale in diritto svizzero. Secondo l'avamprogetto messo in consultazione in data 22 ottobre 2014, questa possibilità dovrebbe essere estesa unilateralmente a tutti gli Stati in base ad una nuova legge federale concernente l'applicazione unilaterale dello standard OCSE sullo scambio di informazioni su domanda (LASSI).

2. – *Estensione a favore delle rogatorie nell'interesse di procedimenti per riciclaggio del provento di infrazione fiscale grave*

La revisione approvata il 12 dicembre 2014 avrà come effetto collaterale di estendere la possibilità per l'autorità straniera di ottenere l'esecuzione di rogatorie presentate nell'interesse dei procedimenti penali pendenti all'estero per riciclaggio del provento di:

a) "delitti fiscali qualificati", riguardanti le imposte dirette sul reddito e

---

[43] Rettamente, nel Messaggio governativo (cap. 1243, pag. 584), si conclude che "*l'assistenza giudiziaria potrà essere concessa per il futuro reato preliminare in ambito di imposte dirette sulla base del diritto esistente*".

[44] Anche a questo riguardo il Messaggio governativo (cap. 1243, pag. 584), rettamente conclude che "*l'assistenza giudiziaria potrà dunque parimenti essere concessa senza che sia necessaria una modifica dell'AIMP*".

[45] Nell' aprile 2009 l'Accordo è entrato in vigore in via anticipata per i seguenti Paesi: Bulgaria, Finlandia, Francia, Germania, Inghilterra, Polonia, Romania e Svezia. Riguardo all'Italia è ancora in corso un negoziato con la Svizzera.

sulla sostanza delle persone fisiche e quelle sull'utile e sul capitale delle persone giuridiche.

b) "infrazioni fiscali gravi", riguardanti tutte le imposte indirette nel settore fiscale e doganale nonché l'iva, le imposte speciali di consumo, come le imposte sul tabacco, la birra, l'alcool e gli oli minerali ed altre imposte analoghe esistenti all'estero.

Come visto, gli elementi costitutivi oggettivi e soggettivi del reato di riciclaggio secondo l'art. 305 *bis* CPS non sono stati modificati dalla revisione approvata il 12 dicembre 2014. Pertanto, essendo stata estesa la categoria dell'infrazione a monte anche ai cosiddetti "delitti fiscali qualificati", può essere accettata dalle autorità svizzere l'esecuzione delle rogatorie estere presentate anche nell'interesse di procedimenti avviati all'estero per titolo di riciclaggio del provento di "delitti fiscali qualificati". Si pone a questo stadio la questione del rispetto del principio di doppia punibilità tuttora previsto dall'art. 64, cpv. 1, AIMP, nel caso in cui l'esecuzione della rogatoria estera richieda l'applicazione di provvedimenti coercitivi, come per esempio l'interrogatorio di testimoni e l'edizione, la perquisizione o il sequestro di documenti protetti dal segreto bancario o dal segreto d'affari e simili, come sempre avviene quando fra i mezzi di prova richiesti mediante rogatoria straniera figurino anche informazioni o documenti, su supporto cartaceo oppure informatico, coperti dal segreto bancario[46] o d'affari[47].

Può soccorrere, a questo riguardo, il fatto che il principio di doppia punibilità è comunque applicabile anche riguardo alla punibilità del riciclaggio commesso in territorio svizzero, riguardo al provento di un reato commesso all'estero, in conformità dell'art. 305 *bis*, cpv. 3, CPS. A questo riguardo il Messaggio governativo (cap. 24, pag. 627) propone che "*la condizione della doppia incriminazione non può essere interpretata in maniera troppo restrittiva*". Questa interpretazione si riferisce comunque esclusivamente alla questione della punibilità del riciclaggio del provento del reato commesso all'estero. E comunque è criticabile poiché eccessivamente estensiva. Infatti, come riconobbe chiaramente lo stesso Consiglio federale nel dibattito parlamentare (cfr. nota 26), è proprio a livello rogatoriale che questa interpretazione si dimostra veramente eccessiva: proprio ritenendo necessaria una base legale esplicita in diritto svizzero, si propose di inserire anche la sottrazione fiscale fra i reati suscettibili di rogatoria nell'art. 3, cpv. 3, AIMP[48].

---

[46] Secondo l'art. 47 LBCR nonché l'art. 43 LBVM e secondo l'art. 148, cpv. 1, lett. *k*), LICol.

[47] Secondo l'art. 162 CPS.

[48] Ma questo progetto venne congelato a causa dell'opposizione espressa nella procedura di consultazione. Non si vede come potersi introdurre in via interpretativa una novella già bocciata in sede preliminare a quella legislativa.

Si rammenterà che, riguardo alle rogatorie nell'interesse dei procedimenti penali esteri per riciclaggio, la giurisprudenza del Tribunale federale per un certo periodo si manifestò particolarmente generosa, giungendo persino a sostenere che "*l'Autorité n'a pas à indiquer en quoi consisterait l'infraction principale*[49]", seppur precisando che "*Toutefois, la demande étrangère doit permettre de vérifier, même de manière minimale, que les éléments constitutifs de l'infraction seraient réalisés*[50]". A giusta ragione, questa interpretazione venne criticata come eccessivamente estensiva[51]. Conseguentemente, il Tribunale federale ha modificato la sua giurisprudenza come segue:

"*Untersucht man die Rechtsprechung, so ergibt sich, dass in allen Fällen, in denen das Bundesgericht die Rechtshilfe als zulässig beurteilt hat, obgleich das Ersuchen zur Vortat keine näheren Angaben enthielt, erhebliche Indizien dafür bestanden, dass es sich bei der Vortat um ein Verbrechen handelte*"[52].

Si dovrà pertanto continuare a verificare che siano soddisfatti i requisiti previsti riguardo alla descrizione della fattispecie pregressa di riciclaggio che viene perseguita nel procedimento penale estero a favore del quale si richiede la cooperazione internazionale. Proprio allo scopo di permettere la verifica della soddisfazione della condizione della doppia punibilità, si prevede l'obbligo della descrizione della fattispecie in un esposto dei fatti che sia compatibile con i requisiti previsti dagli artt. 5 cifra 1 lett. *a*) della Convenzione europea sull'assistenza giudiziaria nonché dall'art. 28 AIMP e dall'art. 10, cpv. 2, OAIMP[53].

Poiché il nuovo art. 14, cpv. 4, DPA ha esteso l'elenco degli atti ed omissioni punibili come crimini, conseguentemente si estende anche l'elenco dei procedimenti penali promossi all'estero per infrazioni gravi riguardanti la fiscalità indiretta a favore dei quali possono essere eseguite rogatorie da parte delle autorità svizzere.

Secondo l'art. 3, cpv. 3, lett. *a*), AIMP, riguardo alla fiscalità diretta, la cooperazione è ammessa soltanto nell'interesse di procedimenti penali avviati all'estero per truffa in materia tributaria e solamente nella forma prevista nella Parte Terza dell'AIMP, ossia la trasmissione di mezzi di prova, essendo quindi escluse l'estradizione, la consegna di valori patrimoniali nonché la cosiddetta cooperazione in via sostitutiva.

---

[49] DTF 129 II 97, consid. 3.2.

[50] STF 1A.71 datata 11 maggio 2005.

[51] Cfr. P. Popp, *Die Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2002/2003*, *ZBJV*, 2006, 142, 69 ss.; 98 ss.; M. Forster, *Internationale Rechtshilfe bei Geldwäschereiverdacht*, *ZStR*, 124, 285 ss., con riferimento anche alla STF 1A.245/1996 consid. 4B.

[52] DTF 1A.188/2005, consid. 2.4.

[53] Cfr. anche STF 1A.57/2007 consid. 3.2.

A seguito della revisione approvata il 12 dicembre 2014, questa limitazione non sussiste riguardo alle rogatorie presentate nell'interesse di procedimenti penali per riciclaggio del provento di delitti fiscali qualificati secondo la definizione del cpv. 1 *bis* dell'art. 305 *bis* CPS. Pertanto, nell'interesse di questo tipo di procedimento penale, saranno possibili tutte le forme di cooperazione internazionale in materia penale, ossia, a fianco della trasmissione di mezzi di prova, anche l'estradizione di persone ricercate o condannate, la consegna di valori patrimoniali (art. 74a AIMP) nonché il perseguimento penale in via sostitutiva (artt. 85 ss. AIMP)[54].

Per anni la dottrina e giurisprudenza hanno cercato di risolvere la questione della trasmissione all'estero del provento di infrazioni fiscali commesse in danno dell'Erario estero, in applicazione dell'art. 74 AIMP. Dall'entrata in vigore del nuovo art. 305 *bis*, comma 1 *bis*, CPS, questa diatriba parzialmente potrà essere risolta, poiché il provento di quelli che in diritto svizzero vengono considerati come delitti fiscali qualificati nella fiscalità diretta, nonché come infrazioni fiscali aggravate nella fiscalità indiretta, potrà essere trasmesso all'estero nell'interesse di un procedimento penale promosso all'estero per riciclaggio del provento di questo tipo di infrazioni fiscali aggravate.

3. – *Comunicazione spontanea da parte delle autorità svizzere*

Secondo l'art. 67a AIMP e in applicazione dell'art. 10 della Convenzione internazionale n. 140 contro il riciclaggio, le autorità giudiziarie svizzere possono trasmettere spontaneamente informazioni alle autorità straniere riguardo a comportamenti punibili secondo il diritto straniero che permettano alle autorità straniere destinatarie di elaborare ed inoltrare una rogatoria destinata alle autorità svizzere[55]. Questa facoltà diventa applicabile anche alle nuove modalità di riciclaggio del provento di infrazioni fiscali gravi[56].

Parimenti, grazie alla revisione dell'art. 30 LRD, in vigore dal 1° novembre 2013, anche l'Ufficio federale di comunicazione (MROS) potrà fornire informazioni di carattere finanziario, spontaneamente, alle autorità corrispondenti all'estero ("*Financial Intelligence Unit/FIU*") anche relativamente a tutte le nuove forme di riciclaggio dichiarate punibili mediante la

---

[54] Cfr. Messaggio 1243, 584.

[55] Cfr. A. Donatsch, S. Heimgartner, M. Simonek, *Internationale Rechtshilfe unter Einbezug der Amtshilfe in Steuerrecht*, Zürich, 2011, 125.

[56] U. Cassani, *op. cit.* 19, che a questo riguardo si pronuncia come segue: "*Il va de soi que l'extension du blanchiment d'argent et du devoir de communication au domaine fiscal dynamiserait l'entraide pénale internationale en matière fiscale de manière très notable*".

revisione approvata il 12 dicembre 2014, e ciò indifferentemente riguardo alle infrazioni fiscali gravi nella fiscalità diretta e nella fiscalità indiretta.

Per completezza, si rammenta che la comunicazione spontanea è prevista anche dalla Convenzione multilaterale del Consiglio d'Europa sulla cooperazione amministrativa in materia fiscale, nella versione entrata in vigore il 1° giugno 2011, firmata da parte della Svizzera il 15 ottobre 2013, nei casi previsti dall'art. 7 della Convenzione[57].

Prospettive

La revisione approvata dal Parlamento svizzero il 12 dicembre 2014 riguarda le infrazioni aggravate di carattere fiscale, senza distinguere fra gli interessi dell'Erario svizzero e quelli dell'Erario di altri Stati. Già questa mancata differenziazione potrà dare luogo a conseguenze, sul piano della lotta contro l'evasione fiscale alquanto diverse nei confronti di contribuenti svizzeri, da una parte, e, dall'altra parte, nei confronti di contribuenti stranieri

Nei confronti dei contribuenti svizzeri la radicale revisione approvata il 12 dicembre 2014 non ha potuto essere convenientemente integrata nel progetto di revisione globale del diritto penale fiscale svizzero. Infatti, la necessità per la Svizzera di presentarsi alle prossime verifiche da parte delle organizzazioni internazionali equipaggiata con un assetto legislativo già in vigore, imposero un *iter* parlamentare affrettato e anticipato. Dal punto di vista degli interessi fiscali, l'Erario della Confederazione e dei Cantoni potrebbe beneficiare di questa revisione anzitutto a causa dell'effetto preventivo nei confronti dei contribuenti svizzeri che tuttora si espongono al rischio di procedimenti penali fiscali, in secondo luogo perché, ora, anche l'autorità giudiziaria penale svizzera, dispone di uno strumento sanzionatorio ed anche procedurale più efficace.

Nei confronti dei contribuenti stranieri, da un lato migliorerà la possibilità effettiva di cooperazione da parte delle autorità svizzere nell'interesse di procedimenti penali per infrazioni, perlomeno gravi, commesse in danno del fisco straniero. Inoltre, il contribuente straniero evasore che è partecipe del mercato bancario e finanziario svizzero non riceverà più quell'assistenza, attiva o passiva, di cui ha potuto usufruire per decenni. Anzi, proprio gli intermediari finanziari, in applicazione delle norme di diligenza conseguenti alla storica novella del 12 dicembre 2014, sono costretti a trasformarsi, di fatto, da "alleato" del cliente evasore ad "alleato" del fisco, sia svizzero che straniero.

---

[57] M. Zweifel, M. Beusch, R. Matteotti, *Internationales Steuerrecht*, Zurigo, 2014, nota 72/75 ad art. 26 OECD-MA, 1722.

Dal punto di vista dell'intermediario finanziario sottoposto alla vigilanza svizzera, non solo in territorio svizzero ma anche presso sedi, filiali e succursali svizzere e all'estero, la novella legislativa comporta un aggravio pesantissimo: si dovrà adeguare l'intero sistema della gestione del rischio legale e reputazionale, che peraltro era già in revisione per soddisfare le esigenze della FINMA, allo scopo di prevenire l'abuso del mercato bancario, assicurativo e finanziario svizzero, non più, come finora, soltanto da parte di autori di crimini di diritto comune, bensì da parte anche degli autori di infrazioni di norme fiscali. La difficoltà risiede nel fatto che queste norme spesso divergono in maniera maggiore o minore da quelle dell'ordinamento fiscale svizzero. Infatti, dal momento che il Parlamento svizzero ha scelto di codificare la Raccomandazione antiriciclaggio n. 1/3 del GAFI modificando la norma che punisce il riciclaggio, si è ingenerato l'effetto di far scattare, a carico di tutti gli intermediari finanziari sottoposti alla vigilanza svizzera, tutti gli obblighi antiriciclaggio previsti dalla legislazione speciale antiriciclaggio nonché dalle relative norme di applicazione[58], presto completate con il nuovo art. 6a della legge federale antiriciclaggio che prevede la diligenza riguardo alla conformità fiscale dei depositi della clientela[59].

L'assetto che verrà istaurandosi sul mercato svizzero, faticosamente e con ingente sforzo anche finanziario, potrebbe dover essere nuovamente riassestato a seconda degli sviluppi della lotta globale all'evasione fiscale che venne dichiarata in occasione del vertice del G20 tenutosi a Londra il 2 aprile 2009. Infatti, la misura della diligenza antiriciclaggio potrebbe essere influenzata dall'importanza politica ed economica dei Paesi con i quali la Svizzera potrà o dovrà ratificare in futuro degli accordi, internazionali o bilaterali, per il miglioramento della cooperazione internazionale in materia fiscale. E ciò poiché il Consiglio federale ha già concluso i negoziati per accordi bilaterali riguardanti lo scambio automatico di informazioni nonché per la ratifica della Convenzione internazionale di Strasburgo del 1988/2010[60] per la cooperazione internazionale in materia fiscale[61].

Potrebbero poi anche essere attivate quelle norme che prevedono la cooperazione anche per l'incasso di crediti fiscali. Pertanto, benché la novel-

---

[58] Si tratta della nuova Ordinanza federale di applicazione della legge federale approvata il 12 dicembre 2014, della revisione totale dell'Ordinanza antiriciclaggio della FINMA e della revisione della Convenzione di diligenza delle banche (CDB), la cui entrata in vigore è prevista per il 1° gennaio 2016.

[59] Il relativo disegno di legge risale al 5 giugno 2015.

[60] In data 19 novembre 2014 la Svizzera ha firmato l'Accordo dell'OCSE e in data 19 marzo 2015 ha parafato l'Accordo con l'UE.

[61] La proposta di ratifica è stata messa in consultazione dal Consiglio Federale il 14 gennaio 2015.

la del 12 dicembre 2014 rappresenti un vero terremoto giuridico, non sono escluse importanti scosse di assestamento, ciò che rende difficile esprimere prospettive di sviluppo a medio e lungo termine.

PROF. DR. H.C. PAOLO BERNASCONI
Avvocato in Lugano