

Il riciclaggio nell'ordinamento giuridico elvetico

Autore: Baiguera Altieri Andrea

In: Diritto penale

Introduzione

Con eccessivo ottimismo, FILLIEZ (2016) evidenzia che, nel 2016, il Forum mondiale dell'Organizzazione sulla cooperazione e lo sviluppo economico << ha attribuito alla Svizzera il giudizio di " essenzialmente conforme " - *largely compliant* - nel proprio Rapporto [del 26 Giugno 2016] e ha elogiato gli sforzi fatti dalla Svizzera per conformarsi agli standards sugli scambi delle informazioni e sulla lotta contro i crimini fiscali e quelli inerenti il riciclaggio, a livello tanto interno quanto internazionale >>. In realtà, la situazione è tutt' altro che idilliaca a causa delle eccessive collusioni tra la finanza elvetica, la criminalità organizzata ed i finanziatori, più o meno occulti, del terrorismo. L' essenziale, infatti, non è istituire Norme, bensì applicarle nella realtà giuridica concreta e quotidiana. Non è per nulla credibile che la Confederazione sia oggi << *largely compliant* >> in tema di Legislazione anti-riciclaggio, alla luce dell'enorme cifra oscura di valori patrimoniali scandalosamente riciclati dagli Intermediari Finanziari tipici e atipici, pur se il contesto socio-politico svizzero non raggiunge i livelli gravemente anti-sociali degli Ordinamenti sud-americani, afro-occidentali e slavo-balcanici. Gli Istituti di Credito, in Svizzera, beneficiano di un Sistema tributario troppo elastico, aiutato, a sua volta, da un' inaccettabile ipertrofia del segreto bancario, idolatrato ed agevolato, in piazze finanziarie nient' affatto trasparenti, come quelle di Zurigo, Ginevra e Lugano. Il Diritto Bancario, nella Confederazione, concede eccessivi margini agli atti riciclatori e la statuizione, nella GwG¹ e nello StGB², di un mero << *diritto di comunicazione* >> è insufficiente e, sotto certi riguardi, financo risibile, in un contesto torbido e censurabile come quello delle mafie transnazionali dedite al narcotraffico, alla corruzione politica³ ed al commercio illegale di armi da fuoco.

Provvidenzialmente, la severità internazionale, *de jure condito*, con afferenza al tema del riciclaggio, è

stata incrementata dopo gli attacchi terroristici di New York del 2001, cui fece seguito, tra il 2008 ed il 2011, una profonda crisi macro-economica globale che ha corroso buona parte delle certezze patrimoniali e finanziarie cresciute negli Anni Ottanta del Novecento. Giustamente, di fronte ai fenomeni criminali filo-islamici di Al-Qaida e dell' Isis, HILDEBRAND (2009) ha sottolineato che << *la sorveglianza interna ed i processi di resistenza a livello internazionale si sono accelerati. In effetti, dopo queste catastrofi, è diventato importante, nel subconscio collettivo, ... dopo questi avvenimenti [...] fare in modo che tali abusi non si ripetano più; e questo impegno richiede evidentemente una rinnovazione totale della piattaforma bancaria [svizzera] e del mondo della finanza, affinché esista un nuovo quadro normativo per disciplinare il riciclaggio. Parallelamente, è diventato indispensabile esercitare una maggiore sorveglianza sul finanziamento del terrorismo per impedire che esso cresca* >>. La congiuntura economica negativa iniziata nel 2008 persiste tutt' oggi ed ha colpito persino UBS e Crédit Suisse, che costituivano il simbolo internazionale dell' eccellenza bancaria elvetica. Le perdite patrimoniali subite dagli Istituti di Credito della Confederazione << *hanno segnato e bloccato le piazze finanziarie della Svizzera. E' quindi importante adottare le debite misure interne ed internazionali al fine di stabilizzare i mercati e ridare fiducia non soltanto ai grandi investitori, ma anche ai piccoli risparmiatori che, a loro volta, hanno risentito di questa crisi* >>. (HILDEBRAND, *ibidem*). Negli Anni Duemila, i fallimenti bancari in Svizzera hanno dimostrato che la sorveglianza esterna è necessaria, in tanto in quanto i valori patrimoniali frutto di riciclaggio alterano, nel lungo periodo, la Macro-economia nazionale, pur se tale effetto non viene percepito nel breve periodo. Il denaro di provenienza illecita reca l' effetto di una droga che corrompe e corrode l' equilibrio ordinario della concorrenza perfetta⁴ e della libera e genuina iniziativa imprenditoriale privata⁵.

Gli Intermediari Finanziari svizzeri si ingannano nel sentirsi professionalmente violentati dalla FINMA, dagli Organismi autonomi di Regolamentazione e dalla Magistratura. Il mondo bancario elvetico degli Anni Duemila si auto-percepisce come indebitamente sottoposto a Normative e Direttive varie. Gli Istituti di Credito mirano ad un ritorno della libertà economica anarchica e spregiudicata che ha caratterizzato la seconda metà del Novecento. Con molta lucidità criminologica, OBERSON (2010) ha rilevato che << *il segreto bancario si trova oggi nel pieno della tempesta ed è minacciato di sparire, poiché, per troppi anni, la Svizzera è stata troppo isolazionistica in materia di scambio di informazioni fiscali con gli Stati stranieri. Dopo molti anni e senz' altro a causa delle pressioni internazionali, questa realtà si sta frantumando* >>. Anche LOMBARDINI (2008) ritiene profondamente scorretto che la Confederazione

resista, in tema di riciclaggio e riservatezza bancaria, nei confronti di Ordinamenti, come quello italiano, enormemente e quotidianamente destabilizzati dalle violenze di quelle medesime cupole di stampo mafioso che successivamente investono in Svizzera i loro lucri creati grazie ad omicidi volontari, estorsioni, stupefacenti e riduzioni in schiavitù per fini prostitutivi.

Il ruolo della Svizzera nell' Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo dell' economia (OCDE)

Come analizzato, sotto il profilo storico-giuridico, da ZIEGLER (2010), dopo l' orribile esperienza della II Guerra Mondiale, nel 1948 venne fondata, grazie alla sinergia politica di 16 Stati, futuri membri del Consiglio d' Europa, l' OCDE, la quale aveva il compito di evitare peculati e malversazioni nel contesto del << Piano Marshall >> per la ricostruzione delle Regioni filo-statunitensi del Vecchio Continente. Nel 1961, terminato con successo il rinnovamento commerciale ed industriale in Europa, l' OCDE allargò i propri orizzonti operativi, divenendo una vera e propria Ong di rilevanza globale. Ogni Stato membro dell' OCDE, compresa la Confederazione, elegge nel Consiglio una rappresentanza di membri permanenti, che si suddividono, a loro volta, in comitati di esperti ed in gruppi di lavoro. Nel 2014, l' OCDE ha dato vita all' EAR, ovverosia il Sistema automatico di scambio delle informazioni, finalizzato, principalmente, al contrasto del riciclaggio, dei delitti fiscali qualificati e del finanziamento al terrorismo. Nel 2014, durante il Forum di Berlino, circa 100 Ordinamenti sovrani hanno ratificato l' EAR, che, nel caso della Svizzera, ed alla luce del comma 1 bis Art. 305 bis StGB, sarà operativo a partire dal 2018, fatte salve alcune riserve in tema di Diritto Commerciale e di Diritto Tributario. Gli Stati membri del G20 hanno già attuato questo Sistema di scambio immediato dei dati interni.

Dal 2002, l' OCDE possiede un Forum mondiale finalizzato a migliorare la velocità e la trasparenza degli scambi informativi tra Stati nel contesto della repressione del riciclaggio legato a delitti fiscali qualificati (comma 1 bis Art. 305 bis StGB). Tra il 2016 ed il 2017, tale Forum è stato esteso a quasi 80 Paesi, in tanto in quanto i Fondi Neri provenienti da tributi nazionali evasi sono, nella quasi totalità delle fattispecie, riciclati all' estero e, soprattutto, in Ordinamenti, come quello della Confederazione, che

garantiscono il massimo lucro congiunto alla minima pressione tributaria. Nel 2009, durante un basilare Congresso svoltosi in Messico, gli Stati membri dell' OCDE hanno realizzato un Gruppo d' esame preposto all' analisi, caso per caso, delle fattispecie di evasione fiscale aggravata dal successivo riciclaggio⁶ transnazionale⁷. Infatti, la *ratio* dell' OCDE è quella di consentire la massima trasparenza e la massima sinergia per impedire atti riciclatori aventi, come antefatto criminoso, l' evasione dei normali tributi interni nazionali. Di nuovo, la Svizzera oscilla tra, da un lato, la bontà teorica degli accordi stipulati presso l' OCDE e, dal lato opposto, la tutela empirica del segreto bancario e della riservatezza che contraddistingue da sempre gli Intermediari Finanziari elvetici. L' OCDE, non soltanto nel caso della Confederazione, mira alla più totale trasparenza internazionalistica in tema di valori patrimoniali riciclati o, perlomeno, potenzialmente riciclabili. OCDE (2016) ha dichiarato che << l' Ufficio di comunicazione in materia di riciclaggio e la FINMA intrattengono con i loro omologhi stranieri una cooperazione idonea e ben proporzionata rispetto al carattere internazionale delle piazze finanziarie svizzere >>. Secondo il sommesso parere di chi scrive, il testé riportato giudizio ufficiale, seppur diplomaticamente calibrato, non tiene sufficientemente conto delle difficoltà pratiche quotidiane. Con ciò, non si intende negare la buona volontà del Legislatore federale svizzero, ma, del resto, è innegabile la natura fortemente centripeta della Prassi bancaria e finanziaria elvetica. Non è realistico pretendere di cancellare, attraverso i Rapporti e le Circolari dell' OCDE, quasi un secolo di isolazionismo e di individualismo macro-economico.

Il GAFI (Gruppo di Azione Finanziaria)

Nella sua Storia del Diritto Bancario svizzero, LOMBARDINI (2006) parla ampiamente del GAFI, istituito dal G7 nel 1989, sotto l' impulso e la guida degli Stati Uniti d' America. Il GAFI ha sede a Parigi e comprende, per ora, 37 Stati membri. Come ben enunziano e sintetizzano BETTSCHART & FISCHER (2016), << il GAFI non costituisce affatto un' organizzazione internazionale in senso proprio, bensì, al contrario, esso reca una natura essenzialmente informale. Esso è soltanto una forza d' azione con una durata predeterminata ed agisce sulla base di un mandato dei governi che fanno parte del GAFI >>. Similmente, CASSANI (2015) precisa che <<le Direttive e le Raccomandazioni [del GAFI] hanno un tenore di “ soft law ”, quindi non sono vincolanti per gli Stati membri >>. In buona sostanza, è possibile dichiarare (LOMBARDINI 2006) che << il GAFI ha la missione di esaminare le tecniche e le tendenze del

*riciclaggio di capitali redigendo dei Rapporti annuali su questa tematica ed elaborando delle Raccomandazioni in materia di lotta contro il riciclaggio di capitali, il finanziamento del terrorismo e le altre minacce nei confronti dell' integrità del sistema finanziario internazionale >>. Il GAFI deve tutelare, in un contesto macro-economico IS / LM, il regime di concorrenza perfetta, evitando monopoli e/o oligopoli contrari alla libera ed ordinaria iniziativa imprenditoriale privata. Dunque, grazie al GAFI, devono o, almeno, dovrebbero << essere identificate le vulnerabilità [macro-economiche] di ciascun Paese per proteggere il settore finanziario internazionale da possibili distorsioni >> (BETTSCHART & FISCHER, *ibidem*).*

Il GAFI non ha, in concreto, alcuna potestà di matrice sanzionatoria, ciononostante, segnala, con cadenza annuale, gli Ordinamenti che non collaborano a livello internazionale e che non predispongono un' idonea Normativa giuridica interna contro il riciclaggio nonché contro gli atti riciclatori prodromici al finanziamento del terrorismo. Senza dubbio, quanto or ora riferito non possiede la cogenza tipica di una vera e propria sanzione " pura " nel senso tradizionale kelseniano, tuttavia il GAFI << esercita pressioni >> in grado di togliere o, viceversa, conferire prestigio ed affidabilità innanzi agli Operatori finanziari (LOMBARDINI 2006). Per quanto afferisce al caso dell' Ordinamento giuridico-economico svizzero, le Raccomandazioni del GAFI mirano, come prevedibile e pressoché scontato, ad un' intensificazione profonda della lotta allo white collar crime ed ai fenomeni correlati al riciclaggio finalizzato ad implementare le nuove cellule terroristiche di matrice islamica (SANSONETTI & HOSTETTLER 2017). L' ultimo giudizio formale emesso dal GAFI a carico della Confederazione è stato pubblicato in data 07/12/2016 ed è stato oggetto d' analisi nella summenzionata Opera di BETTSCHART & FISCHER (*ibidem*). Nel 2014, dopo due travagliati anni di Lavori Preparatori, la Svizzera, nella << Lex GAFI >>, ha novellato ben otto Testi normativi nazionali, tra cui il Codice Civile, il Codice delle Obbligazioni, la Legge federale sugli Intermediari Finanziari, la Legge federale sul Diritto Penale fallimentare, lo StGB e la GwG. Altrettanto encomiabile, perlomeno sotto il profilo della *ratio*, è stata pure la creazione, nel 2013, del Gruppo interdipartimentale di coordinazione per la lotta al riciclaggio ed al finanziamento del terrorismo (GCBF). Di nuovo, chi scrive apprezza assai tali solenni dichiarazioni d' intenti, ma v' è onestamente da chiedersi, con molta concretezza, se la Normazione elvetica contro gli atti riciclatori riesca, oppure no, ad uscire dalle nuvole placide e retoriche dei Principi fondamentali e delle regole generalistiche della mera speculazione teorica.

Referenda popolari in tema di riciclaggio e white collar crime

I Procedimenti Penali afferenti al riciclaggio aggravato (comma 2 Art. 305 bis StGB⁸) recano un notevole impatto mass-mediatico sull' opinione pubblica. Basti pensare, negli Anni Duemila, allo scandaloso *leading case* << *Panama Papers* >> o alle centinaia di casi nei quali lo white collar crime è congiunto a fattispecie fortemente destabilizzanti, come la criminalità organizzata (Art. 260 ter StGB⁹) od il finanziamento del terrorismo, islamico e non (Art. 260 quinquies StGB¹⁰, introdotto nel 2003 alla luce delle cellule terroristiche legate ad Al Qaida). Anche quando gli atti riciclatori scaturiscono da un' evasione fiscale qualificata (comma 1bis Art. 305 bis StGB¹¹), l' opinione pubblica elvetica non è affatto ingenua ed inerte e precepisce appieno la problematica delle profonde disequaglianze sociali provocate dalle dichiarazioni tributarie scabrosamente infedeli ed illegali. Del resto, il riciclaggio di Fondi Neri sottratti alle normali tassazioni viola la *ratio* democratica e paritaria di Norme fondamentali per la pacifica convivenza dei consociati, come dimostra l' imprescindibile Art. 94 BV¹² .

Dal 1834, le Iniziative referendarie popolari illustrano adeguatamente l' avversità degli elettori svizzeri nei confronti del riciclaggio, il quale, nel senso comune, toglie, entro una prospettiva di lungo periodo, la possibilità di tenere in vita uno welfare autenticamente ed egualitariamente democratico-sociale, a beneficio tanto dei cittadini quanto dei residenti nella Confederazione. Provvidenzialmente, come evidenziato da AUER & MALINVERNI & HOTTELIER (2013), la Costituzione federale elvetica è totalmente o parzialmente revisionabile, su impulso di almeno 100.000 elettori che propongano un Progetto di riforma. A tal proposito, è stata sintomatica, nonostante il successivo ritiro, l' Iniziativa popolare del 29/01/1935 per la salvaguardia dei diritti del Popolo in materia fiscale. Essa, in effetti, dimostra che, già durante gli anni della II Guerra Mondiale, la Nazione elvetica era graniticamente cosciente dei danni provocati dal riciclaggio con finalità di evasione tributaria. Gli elettori, come si legge nel Rapporto del Consiglio federale del 29/01/1935, intendevano introdurre il successivamente abbandonato Art. 42 bis BV, il cui testo avrebbe dovuto statuire che << *l' introduzione e l' aumento delle imposte e dei crediti fiscali sono sottomessi alla votazione del Popolo, e questo anche nei casi urgenti. Sono egualmente considerati crediti d' imposta, in questo senso, i diritti di dogana, soprattutto di natura fiscale, ancorché non le tassazioni puramente amministrative. Le imposte ed i crediti summenzionati che*

sono stati introdotti o aumentati dopo la legge federale del 13 ottobre 1933 sul nuovo programma finanziario della Confederazione saranno sottomessi alla votazione del Popolo entro un anno dall'accettazione del presente articolo costituzionale >> (Foglio Federale 1935 I 61, pg. 63). Come si evince da FF 1935 I 61, a prescindere dall' insuccesso politico di questo Referendum, la cittadinanza elvetica, sin dai tormentati Anni Trenta del Novecento, recava l' attenta consapevolezza che lo white collar crime, e massimamente il riciclaggio dei Fondi Neri, altera gli equilibri dell' ordinario benessere sociale ed apre le porte a distorsioni macro-economiche lesive della Democrazia, tanto sotto il profilo patrimoniale quanto dal punto di vista delle libertà sociali. Riciclare il frutto dell' evasione fiscale significava e significa turbare la pace sociale, anche nel caso dell' attualmente vigente comma 1 bis Art. 305 bis StGB

La lodevole sensibilità dell' elettorato svizzero in tema di riciclaggio si è manifestata pure attraverso l' Iniziativa popolare << *Per la Riforma fiscale* >> del 1976, ma, di nuovo, anche questo Referendum diede esito negativo e non fu possibile intaccare i numerosi ed anti-democratici privilegi tributari illecitamente connessi allo white collar crime di matrice bancaria.

Altrettanto importante, sebbene travolta da un 73 % di << *no* >>, nel 1984, è stata anche la Petizione *de jure condendo* rubricata << *Iniziativa popolare contro l' abuso del segreto bancario e contro il potere delle banche* >>: L' intento riformativo di tale Referendum era quello di inserire, nella Costituzione federale, il mai approvato Art. 31 quater BV, il cui Testo avrebbe dovuto stabilire che (FF 1983 II 717, pg. 717-718):

Le banche, le società finanziarie, le persone giuridiche e quelle fisiche che ricevono, amministrano o alienano valori patrimoniali di terzi per fini di lucro sono tenute a rendere informazioni alle autorità ed ai tribunali in materia fiscale e penale. Il segreto d' ufficio di queste autorità e dei tribunali rimane garantito.

L' obbligo di informare cessa nella misura in cui le autorità fiscali, nel diligente esercizio delle loro funzioni, ritengono che il lucro potenziale è correttamente stabilito dalle attestazioni di reddito, oppure nella misura in cui i redditi sottoposti ad imposte anticipate non eccedono una determinata cifra fissata per Legge. Il Legislatore emana le dovute disposizioni per assicurare l' obbligo di informare e fissa le

ragionevoli modalità applicative per prevenire eventuali atti destinati ad eludere l' obbligo di informare.

La legislazione [federale o cantonale ?] regola inoltre la garanzia del segreto bancario. La legislazione regola i principi della collaborazione a Procedimenti penali celebrati all' estero in materia di delitti fiscali e finanziari. Sono tuttavia tutelati la sicurezza ed i diritti di sovranità della Svizzera, la protezione di ognuno contro le persecuzioni politiche e razziali e, inoltre, i casi gravi di inaccettabilità delle Procedure celebrate all' estero ed il Principio di reciprocità

Le banche e le società finanziarie pubblicano, in allegato ai loro bilanci ordinari, i conti annuali consolidati nonché tutti i conteggi che riguardano la costituzione o la diminuzione delle riserve. Esse rendono pubbliche le loro partecipazioni attive e passive, il valore dei beni dei clienti che sono depositati presso di loro e dei beni che esse amministrano, nonché dei beni loro affidati a titolo fiduciario; esse indicano i nomi delle persone [fisiche o giuridiche ?] che esercitano un mandato nel loro consiglio d' amministrazione e delle persone che recano un diritto di voto connesso ai valori patrimoniali depositati.

La Banca Nazionale Svizzera e la Commissione delle Banche presentano ogni anno al Parlamento un Rapporto sulla situazione e l' evoluzione delle banche e delle società finanziarie >> (FF 1983 II 717, pg. 717-718, Assemblea federale della Confederazione svizzera, Decisione federale relativa all' Iniziativa popolare << contro l' abuso del segreto bancario e del potere delle banche >> - Iniziativa sulle Banche - del 24 Giugno 1983).

Malaugurevolmente, il Testo di questo Progetto, archetipo evidente dell' attuale GwG, venne respinto in sede referendaria, ma si trattò pur sempre di un segnale non marginale, che ben dimostrava l' avversità dell' opinione pubblica elvetica nei confronti di certuni abusi eccessivi e spregiudicati posti in essere dagli Intermediari Finanziari negli Anni Ottanta del Novecento, ovverosia quando gli Istituti di Credito svizzeri riciclavano, senza alcuna remora, Milioni di Franchi provenienti dal traffico di eroina gestito dalle violente e feroci mafie italo-americane. Del resto, in FF 1982 II 1237, pg. 1244, il Consiglio Federale aveva spontaneamente ammesso che, a prescindere dall' esito delle Iniziative popolari in materia, era ormai indispensabile giuridificare e prevenire, con maggiore severità giuridica, gli atti riciclatori aventi come

antefatto criminoso l' evasione fiscale qualificata. Basti pensare, d' altronde, all' attuale comma 1 bis Art. 305 bis StGB. Egualmente urgente, sin dagli Anni Ottanta del Novecento, era la revisione delle Norme processual-penalistiche in tema di rogatoria per evasione fiscale aggravata. Le tematiche del segreto bancario e dei Fondi Neri oggetto di riciclaggio hanno da sempre avuto un posto di riguardo nelle Iniziative referendarie popolari elvetiche, in tanto in quanto le diseguaglianze sociali, in un Paese come la Confederazione, sono eliminabili anzitutto e soprattutto impedendo o, quantomeno, limitando il crimine dei colletti bianchi. Il riciclaggio, sebbene apparentemente amorfo ed innocuo, altera le regole dell' ordinaria Democrazia socio-interventistica. Tassare e, specialmente, tassare di più i depositi bancari potenzialmente riciclabili o riciclati è una regola meta-temporale e meta-geografica. Giustamente, RYSER & ROLLI (2002) sottolineano che << *le imposte, in tanto in quanto fenomeno economico, esistono da sempre. Da quando le civiltà si sono organizzate [...] una forma di tassazione è stata subito realizzata. Dunque, anche lo Stato moderno, così come noi lo conosciamo, ha messo in atto imposte per finanziare i numerosi servizi che esso fornisce ai propri amministrati [...]* >> In buona sostanza, il riciclaggio e le altre forme di white collar crime recano la peculiarità ontologicamente anti-giuridica di stornare risorse preziose dalle spese pubbliche necessarie ai consociati. Negli Artt. 305 bis e 305 ter StGB e nelle relative Iniziative popolari del Novecento, si manifesta, nascostamente ed indirettamente, la perenne ed imprescindibile lotta contro chi può o vuole alterare pericolosamente il delicato equilibrio del Diritto tributario svizzero, mirabilmente sintetizzato nell' art. 128 BV¹³. Tollerare gli atti finanziari riciclatori reca ad un drammatico impoverimento del benessere collettivo (OBERSON, *ibidem*).

La vigilanza sugli Intermediari in tema di riciclaggio

A livello di Storia del Diritto Bancario (LOMBARDINI 2008), sino al 31/12/2008, in Svizzera, la Commissione federale delle Banche era incaricata di sorvegliare non soltanto gli Istituti di Credito, ma anche gli Intermediari a-tipici (commi 2 e 3 Art. 2 GwG¹⁴), come i commercianti di valori mobiliari, le borse, i fondi d' investimento e le Società di audit. Dallo 01/01/2009, tale Commissione è stata sostituita dall' Autorità federale di sorveglianza sui mercati finanziari (FINMA), che si occupa della prevenzione e della repressione del riciclaggio e che vigila su tutte le persone fisiche o giuridiche che collocano e transitano, anche per via telematica, valori patrimoniali potenzialmente provenibili da un antefatto

criminoso (comma 1 Art. 305 bis StGB¹⁵). Sono esclusi dal campo precettivo della FINMA gli Operatori finanziari indicati nel comma 4 Art. 2 GwG¹⁶ e gli Avvocati Notai sottoposti ad appositi Organismi di autodisciplina. La FINMA è un Ente di diritto pubblico munito di personalità giuridica autonoma e composto da un Consiglio d' Amministrazione, da un Direttore e da un Organo di Revisione contabile (comma 1 Art. 4 LFINMA). ex Art. 7 LFINMA, la FINMA, nonostante il proprio ruolo basilare, non può intervenire direttamente nell' allestimento e nella promulgazione di Leggi federali e di Trattati internazionali, tuttavia, essa può emanare Regolamenti ed Ordinanze per il corretto funzionamento della Normativa anti-riciclaggio. P.e., la FINMA, a livello esegetico, fornisce, con le proprie Ordinanze periodiche, l' interpretazione autentica ed i criteri applicativi relativi al concetto di << provenienza sospetta >> ex Artt. 9 GwG, 305 bis StGB e 305 ter StGB. La FINMA opera censure esclusivamente in punto di legittimità e non può entrare nel merito dello specifico rapporto tra una Banca ed il singolo cliente, il che ricorda da vicino l' attività di supervisione, almeno teorica, delle Divisioni di Vigilanza incardinate presso le principali Filiali della Banca d' Italia. In ogni caso, l' Autorità qui in parola è sempre e comunque sottoposta alla potestà suprema dell' Assemblea Federale (Art. 21 LFINMA). Ogni 12 mesi, il Consiglio Federale, unitamente alla FINMA, esamina le principali problematiche macro-economiche di lungo periodo inerenti la Confederazione. Dopodiché, il Consiglio Federale approva o, viceversa, rigetta le Ordinanze ed i Regolamenti della FINMA illustrati annualmente nel Rapporto d' attività. Le funzioni di audit della FINMA vengono delegate, nella maggior parte dei casi, a Società di Revisione private, ma non è esclusa la potestà di esercitare l' audit *ex officio* nelle fattispecie maggiormente impegnative. In buona sostanza, il linea di Principio, la FINMA è tenuta ad impedire atti riciclatori nell' ottica della *ratio* degli Artt. 305 bis e 305 ter StGB, ma , a livello empirico, è ben difficile, nel contesto della finanza svizzera, ipotizzare e sostenere l' esistenza di un' autentica sorveglianza sui mercati dei valori patrimoniali. Il sistema bancario elvetico beneficia, ancor oggi, di un potere globale difficilmente intaccabile. Gli Istituti di Credito svizzeri detengono il primato mondiale in tema di riciclaggio e, più latamente, in tema di white collar crime. Sarebbe ingenuo teorizzare che la FINMA assurga al rango di giustiziere coraggioso nel nome dei non meglio precisabili Principi della trasparenza e della legalità fiscale e patrimoniale.

Sempre nell' ottica della lotta al crimine finanziario, la seconda Istituzione fondamentale è l' Ufficio di comunicazione in materia di riciclaggio di denaro (MROS), incardinato presso la sede nazionale della Polizia Federale a Berna. Esso è stato creato ai sensi dell' Art. 23 GwG¹⁷, novellato a più riprese nel 2008, nel 2013 e nel 2014. L' MROS si avvale della Fed.Pol per finalità d' indagine, ma è e rimane un' Autorità di

rango amministrativo giustiziale e non giurisdizionale, come ben precisato, in Dottrina, da ORDOLLI (2014). Imprescindibile è l' Ordinanza sull' MROS del 25/08/2004, che giuridifica gli ambiti tecnici di competenza in materia di riciclaggio. In particolar modo, l' MROS assiste il MP della Confederazione nel contesto della repressione degli atti riciclatori scaturiti da crimini di stampo mafioso (Art. 260 ter StGB), finanziamento del terrorismo (Art. 260 quinquies StGB), appropriazione indebita (Art. 138 StGB) e corruzione di Pubblici Ufficiali svizzeri e/o stranieri (Art. 322 ter - 322 septies StGB). Meno importanti e di rilevanza poco più che simbolica sono altre attività marginali dell' MROS, come relazionare gli Intermediari Finanziari sulle opportunità macro-economiche in Svizzera e svolgere un' attività di sensibilizzazione afferente all' applicazione della GwG e degli Artt. 305 bis e 305 ter StGB. A tal proposito, ORDOLLI (*ibidem*) definisce l' Ufficio di comunicazione come << una cellula in grado di fornire indicazioni amministrative, visto che i propri collaboratori hanno diretto accesso a certe informazioni della polizia giudiziaria e della magistratura >>. Comunque, il blocco dei beni (Art. 10 GwG¹⁸) è e rimane la funzione istituzionale maggiormente delicata, oltre che maggiormente complessa, sotto il profilo del Diritto Bancario e Commerciale. Ciononostante, come sempre, la Normativa si scontra poi con la realtà quotidiana, in tanto in quanto l' MROS non è un eroe nazionale che ripristina l' Ordine giuridico con suggestioni retoriche in grado di incantare dolcemente gli Intermediari svizzeri dediti al riciclaggio ed al finanziamento del terrorismo.

Il comma 1 bis Art. 305 bis StGB nel Diritto Penale Tributario svizzero

Alla luce del nuovo comma 1 bis Art. 305 bis StGB, è evidente che la Svizzera costituisce, da almeno una sessantina d' anni, un vero e proprio paradiso fiscale in cui poter procedere indisturbati e, anzi, agevolati al riciclaggio di Fondi Neri provenienti da delitti fiscali qualificati ed aggravati dalla transnazionalità. La comunità internazionale ha inutilmente ammonito la Confederazione, che ha prodotto Norme dimotratesi, sino ad ora, lacunose ed insufficienti. Sotto il profilo pratico, nulla è cambiato, tranne un pallido adeguamento alle raccomandazioni del GAFI nel biennio 2013 -2014. A parere di SANSONETTI & HOSTETTLER (*ibidem*) << necessitavano [riforme] su tre assi principali: il rafforzamento del Diritto Penale Tributario svizzero, al fine di lottare contro il riciclaggio di denaro, l' estensione dei doveri di

diligenza degli intermediari e degli organismi finanziari e la modernizzazione dell' insieme completo del Diritto Penale Tributario nazionale >>. In Svizzera, il Diritto Penale Tributario è stato, per troppo tempo, sottovalutato, specialmente perché << le sue norme sono tutt' oggi sparse all' interno di numerose leggi federali e cantonali. Il ruolo [del Diritto Penale Tributario] non è ancora ben definito nell' Ordinamento giuridico svizzero, il che crea una situazione che può rivelarsi abbastanza confusa, perché tale Diritto non è ancora stato armonizzato. Ciò pone dei problemi, soprattutto in rapporto al Principio del „ ne bis in idem „ o, più semplicemente, ciò genera molte difficoltà di coordinamento tra le differenti procedure [fiscali] applicabili alla medesima pendenza >> (TORRIONE 2015). Nel 2010, il Gruppo liberal-radical e l' On. Schweiger hanno depositato due Mozioni repute da MACALUSO (2013) molto pertinenti e molto valide, ma la Riforma del Diritto Penale Tributario svizzero non è stata ancora completata e rimangono parecchie lacune ed antinomie. Secondo i tributaristi elvetici, vanno radicalmente novellati gli ambiti del Diritto Penale Amministrativo, delle imposte federali, delle imposte federali dirette e delle imposte dirette di rango cantonale e di rango comunale.

Attualmente, nella Confederazione, esistono tre livelli di Diritto Penale Tributario. Quello relativo alle imposte dirette federali e cantonali, quello relativo alle imposte anticipate ed alle frodi fiscali e, infine, quello relativo alle imposte indirette cantonali. Tuttavia, in realtà, esistono purtroppo miriadi di Leggi ed Ordinanze di livello cantonale e questo provoca antinomie, rinvii altrove e rinvii indietro, che non aiutano gli interpreti. Inoltre, TORRIONE (*ibidem*) e OBERSON (2012) distinguono, visto e considerato il comma 1 bis Art. 305 bis StGB, tra le semplici contravvenzioni tributarie, liquidabili con un' ammenda, ed i delitti tributari, passibili di una pena detentiva, come nei casi della falsa dichiarazione fiscale e delle frodi in materia di imposte.

In buona sostanza, il problema principale consta nella corretta interpretazione dei lemmi <<delitto fiscale qualificato >> ex comma 1 bis Art. 305 bis StGB. La distinzione fondamentale dipende dalla separazione strutturale del delitto tributario penalmente rilevante dalla diversa contravvenzione amministrativa meno grave e priva di implicazioni di matrice penalistica. A differenza di quanto accade nella centralistica Italia, i Diritti Tributari dei 26 Cantoni svizzeri sovente violano il *ne bis in idem* e, per conseguenza, rendono impossibile distinguere adeguatamente tra Diritto Tributario, Diritto Penale Tributario e Diritto Penale Amministrativo. L' evasione fiscale bagatellare non è suscumbibile entro la ben più pesante precettività del comma 1 bis Art. 305 bis StGB. All' opposto, un reato fallimentare o un sistema detto, all' italiana, di <<

frode carosello >> possono recare ad un delitto fiscale qualificato finalizzato al riciclaggio di denaro presso un Istituto di Credito elvetico. La gravità determina la precettività o meno del comma 1 bis Art. 305 bis StGB, ma, in un ginepraio tributario ove ogni Cantone legifera autonomamente, è difficile determinare se l' evasione fiscale sia o non sia << *qualificata* >>. Il federalismo reca anche l' aspetto negativo delle potenziali antinomie, e questo è il caso della qualificazione giuridica del riciclaggio di Fondi Neri in Svizzera.

B I B L I O G R A F I A

AUER & MALINVERNI & HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse - volume I, L' Etat*,

Stämpfli, Berne, 2013

BETTSCHART & FISCHER, *Les nouvelles règles de transparence pour les sociétés non cotées*,

Not@lex - Revue de droit privé et fiscal du patrimoine 2016, Schulthess, Zürich,

2016

CASSANI, *L' extension du système de lutte contre le blanchiment d' argent aux infractions*

fiscales : Much Ado About (Almost) Nothing, Revue suisse de droit des affaires et

du marché financier 2015, Schulthess, Zürich, 2015

FILLIEZ, *La Suisse remplit les normes internationales de transparence fiscale*, in *La vie économique*, 11/2016, Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO), Berne, 2016

HILDEBRAND, *Comment la récente crise des marchés financiers va-t-elle modifier la réglementation et la surveillance des banques ?*, in *Journée 2008 de droit bancaire et financier*, Schulthess, Zürich, 2009

LOMBARDINI, *Droit bancaire suisse*, Schulthess, Zürich, 2008

idem *Banques et blanchiment d'argent*, Schulthess, Zürich, 2006

MACALUSO, *Droit pénal fiscal*, Schulthess, Zürich, 2013

OBERSON, *La nouvelle politique fiscale de la Suisse en matière d'échange de renseignements fiscaux - << un an après >>*, in *Journée 2009 de droit bancaire et financier*,

Schulthess, Zürich, 2010

idem, *Droit fiscal suisse*, Helbing Lichtenhahn, Bale, 2012

OCDE, *Forum mondial sur la transparence et l' échange de renseignements à des fins fiscales:*

Rapport d' examen par les pairs : Suisse 2016 : Phase 2 : mise en oeuvre pratique

des normes, Editions OCDE, Paris, 2016

ORDOLLI, *Le bureau de communication en matière de blanchiment d' argent: évolution récente et*

perspectives, in *Blanchiment d' argent: actualité et perspectives suisses et*

internationales, Schulthess, Zürich, 2014

RYSER & ROLLI, *Précis de droit fiscal suisse*, Stämpfli, Berne, 2002

SANSONETTI & HOSTETTLER, *Impot fédéral direct - Commentaire romand*, Helbing &

Lichtenhahn, Bale, 2017

TORRIONE, *Les procédures en droit fiscal*, Haupt Edition, Berne, 2015

ZIEGLER, *Droit international économique de la Suisse: une introduction (y inclus le droit des relations économiques extérieures)*, Stämpfli, Berne, 2010

1 Art. 6 GwG comma 2

L' intermediario finanziario deve [?, può !] chiarire le circostanze e lo scopo di una transazione o di una relazione d' affari se.

a. la transazione o la relazione d' affari appare inusuale, a meno che la sua legalità non sia

manifesta

b. vi sono dei sospetti che i valori patrimoniali provengano da un crimine o da un delitto fiscale

qualificato di cui all' articolo 305 bis numero 1 bis StGB, sottostiano alla facoltà di disporre di

un' organizzazione criminale (Art. 260 ter n. 1 StGB) o servano al finanziamento del terrorismo

(articolo 260 quinquies cpv. 1 StGB)

c. la transazione o la relazione d' affari comporta un rischio elevato

d. i dati di una controparte, di un avente economicamente diritto o di una persona autorizzata a

firmare di una relazione d' affari o di una transazione coincidono con i dati trasmessi all'

intermediario finanziario dalla FINMA conformemente all' articolo 22 a capoverso 2 lettera c o

dalla Commissione federale delle case da gioco conformemente all' articolo 22 a capoverso 3,

oppure sono molto simili a tali dati

2 Art. 305 ter StGB

Carente diligenza in operazioni finanziarie e diritto di comunicazione

Chiunque a titolo professionale, accetta, prende in custodia, aiuta a collocare o a trasferire valori patrimoniali altrui senza accertarsi, con la diligenza richiesta dalle circostanze, dell' identità dell' avente economicamente diritto, è punito con la pena detentiva sino ad un anno o con una pena pecuniaria

Le persone menzionate nel capoverso 1 hanno il diritto di comunicare all' Ufficio di comunicazione in materia di riciclaggio di denaro dell' Ufficio federale di Polizia gli indizi che permettono di sospettare che valori patrimoniali provengono da un crimine

3 Commi 3 e 4 Art. 6 GwG

[sono passibili di segnalazione all' Ufficio di comunicazione in materia di riciclaggio]

...

le relazioni d' affari con persone politicamente esposte all' estero nonché con persone ad esse legate di cui all' articolo 2a capoverso 2 sono considerate in ogni caso relazioni d' affari comportanti un rischio elevato

le relazioni d' affari con persone politicamente esposte in Svizzera o con persone politicamente esposte di organizzazioni internazionali, nonché con persone a esse legate di cui all' articolo 2 a capoverso 2 sono considerate, in presenza di uno o più altri criteri di rischio, relazioni d' affari comportanti un rischio elevato

4 Art. 96 BV

Politica di concorrenza

La Confederazione emana prescrizioni contro gli effetti economicamente o socialmente nocivi di cartelli e di altre forme di limitazione della concorrenza

Prende provvedimenti:

a. per impedire abusi nella formazione dei prezzi da parte di imprese ed organizzazioni di diritto

pubblico e privato che hanno una posizione dominante sul mercato

b. contro la concorrenza sleale

5 Art. 26 BV

Garanzia della proprietà

La proprietà è garantita

In caso di espropriazione o di restituzione equivalente della proprietà è dovuta piena indennità

6 Comma 1 Art. 305 bis StGB

Chiunque compie un atto suscettibile di vanificare l' accertamento dell' origine, il ritrovamento o la confisca di valori patrimoniali che provengono da un crimine o da un delitto fiscale qualificato è punito con una pena detentiva sino a tre anni o con una pena pecuniaria

7 Comma 3 Art. 305 bis StGB

L' autore [del riciclaggio] è punibile anche se l' atto principale è stato commesso all' estero, purché costituisca reato anche nel luogo in cui è stato compiuto

8 Art. 305 bis comma 2 StGB

Nei casi gravi, la pena è una pena detentiva sino a cinque anni o una pena pecuniaria. Con la pena detentiva è cumulata una pena pecuniaria sino a 500 aliquote giornaliere.

Vi è caso grave segnatamente se l' autore:

a. agisce come membro di un' organizzazione criminale

b. agisce come membro di una banda costituitasi per esercitare sistematicamente il riciclaggio

c. realizza una grossa cifra d' affari o un guadagno considerevole facendo mestiere del riciclaggio

9 Art. 260 ter StGB

Organizzazione criminale

Chiunque partecipa ad un' organizzazione criminale che tiene segreti la struttura e i suoi componenti e che ha lo scopo di commettere atti di violenza criminale

chiunque sostiene una tale organizzazione nella sua attività criminale

è punito con una pena detentiva sino a cinque anni o con una pena pecuniaria

Il giudice può attenuare la pena (Art. 48 a) se l' agente si sforza d' impedire la prosecuzione dell' attività criminale dell' organizzazione

E' punibile anche chi commette il reato all' estero, se l' organizzazione esercita o intende esercitare l'

attività criminale in tutto o in parte in Svizzera. L' articolo 3 capoverso 2 è applicabile

10 Art. 260 quinquies StGB

Finanziamento del terrorismo

Chiunque raccoglie o mette a disposizione valori patrimoniali nell' intento di finanziare atti di violenza criminali volti ad intimidire la popolazione o a costringere uno Stato o un' organizzazione internazionale a fare o ad omettere un atto è punito con una pena detentiva sino a cinque anni o con una pena detentiva.

Non si rende punibile secondo la presente disposizione chi si limita a tollerare l' eventualità che detti valori patrimoniali possano servire a finanziare il terrorismo

Non costituisce finanziamento di un atto terroristico l' atto volto ad instaurare o a ripristinare la democrazia o lo Stato di diritto oppure a permettere l' esercizio o il rispetto dei diritti dell' uomo.

Il capoverso 1 non è applicabile se il finanziamento è destinato a sostenere atti che non contraddicono le norme del diritto internazionale applicabili nei conflitti armati.

11 Art. 305 bis comma 1 bis StGB

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.

12 Art. 94 BV

Principi dell' ordinamento economico

La Confederazione ed i Cantoni si attengono al principio della libertà economica

Tutelano gli interessi dell' economia nazionale e contribuiscono con l' economia privata al benessere ed alla sicurezza economica della popolazione

Nell' ambito delle loro competenze, provvedono per condizioni quadro favorevoli all' economia privata

Sono ammissibili deroghe al principio della libertà economica, in particolare anche i provvedimenti diretti contro la concorrenza, soltanto se previste dalla presente Costituzione o fondate su regalie cantonali

13 Art. 128 BV

Imposte dirette

La Confederazione può riscuotere un' imposta diretta:

a. sul reddito delle persone fisiche, con un' aliquota massima dell' 11,5 %

b. sul reddito netto delle persone giuridiche, con un' aliquota massima dell' 8,5 %

Nella determinazione delle aliquote, la Confederazione prende in considerazione l' onere causato dalle imposte dirette cantonali e comunali

Le conseguenze della progressione a freddo per l' imposta sul reddito delle persone fisiche sono compensate periodicamente.

I Cantoni provvedono all' imposizione e all' esazione. Ad essi spetta almeno il 17 % del gettito fiscale lordo. Questa quota può essere ridotta sino al 15 % qualora lo esigano gli effetti della perequazione finanziaria

14 Art. 2 commi 1 e 2 GwG

Sono intermediari finanziari [anche]

a. le banche conformemente alla legge federale dell' 8 novembre 1934 sulle banche e le casse di risparmio

b. le direzioni dei fondi, sempreché gestiscano conti di quote o distribuiscano esse stesse quote di investimenti collettivi o di capitale

b.bis. le società di investimento a capitale variabile, le società in accomandita per investimenti collettivi di capitale variabile, le società di investimento a capitale fisso e i gestori patrimoniali

di investimenti collettivi di capitale ai sensi della legge del 23 giugno 2006 sugli investimenti collettivi, sempreché distribuiscano essi stessi quote di investimenti collettivi o di

capitale

c. gli istituti di assicurazione secondo la legge del 17 dicembre 2004 sulla sorveglianza degli

assicuratori che praticano l' assicurazione diretta sulla vita od offrono o distribuiscano quote di

una società collettiva di capitali

d. i commercianti di valori mobiliari conformemente alla legge del 24 marzo 1995 sulle borse

d.bis. le controparti centrali e i depositari centrali secondo la legge del 19 giugno 2015 sull'

infrastruttura finanziaria

d.ter. i sistemi di pagamento, in quanto necessitano di un' autorizzazione dell' Autorità federale di

vigilanza sui mercati finanziari (FINMA) secondo l' articolo 4 capoverso 2 della legge

sull' infrastruttura finanziaria

e. le case da gioco giusta la legge del 18 dicembre 1998 sulle case da gioco

Sono intermediari finanziari anche le persone che, a titolo professionale, accettano o custodiscono valori patrimoniali di terzi o forniscono aiuto per investirli o trasferirli, in particolare le persone che:

a. negoziano crediti (segnatamente sotto forma di crediti al consumo o di crediti ipotecari, di

factoring, di finanziamento di transazioni commerciali oppure leasing finanziari)

b. forniscono servizi nel campo delle operazioni di pagamento, in particolare effettuano

trasferimenti elettronici per conto di terzi, oppure emettono o amministrano mezzi di pagamento

come carte di credito e assegni di viaggio

c. commerciano per conto proprio o per conto di terzi, biglietti di banca e monete, strumenti del

mercato monetario, divise, metalli preziosi, materie prime e valori patrimoniali (cartevalori e

diritti valori) nonché strumenti derivati

[ABROGATI]

e. gestiscono patrimoni

f. effettuano investimenti in qualità di consulenti in materia

g. custodiscono o gestiscono valori mobiliari

15 Art. 305 bis comma 1 StGB

Chiunque compie un atto suscettibile di vanificare l' accertamento dell' origine, il ritrovamento o la confisca di valori patrimoniali sapendo o dovendo presumere che provengono da un crimine, è punito con una pena detentiva sino a tre anni o con una pena pecuniaria

16 Art. 2 comma 4 GwG

Sono esclusi dal campo di applicazione della presente legge:

a. la Banca Nazionale Svizzera

b. le istituzioni delle previdenza professionale esonerate dall' obbligo fiscale

c. le persone che offrono i loro servizi esclusivamente a istituzioni della previdenza professionale

esonerate dall' obbligo fiscale

d. gli intermediari finanziari di cui al capoverso 3 che offrono i loro servizi esclusivamente ad

intermediari finanziari conformemente al capoverso 2 o ad intermediari finanziari esteri,

sottoposti ad una vigilanza equivalente

17 Art. 23 GwG

L' Ufficio di comunicazione in materia di riciclaggio di denaro è gestito dall' Ufficio federale di Polizia.

L' Ufficio di comunicazione verifica e analizza le informazioni ricevute. Se necessario, richiede informazioni complementari conformemente all' articolo 11 a

L' Ufficio di comunicazione gestisce un proprio sistema di elaborazione dei dati in materia di riciclaggio di denaro

L' Ufficio di comunicazione se ha il sospetto fondato che.

a. sia stato commesso un reato ai sensi degli articoli 260 ter numero 1, 305 bis o 305 ter

capoverso 1 StGB

b. valori patrimoniali provengano da un crimine o da un delitto fiscale qualificato di cui all'

articolo 305 bis numero 1 bis StGB

c. valori patrimoniali sottostiano alla facoltà di disporre di un' organizzazione criminale

d. valori patrimoniali servono al finanziamento del terrorismo (Art. 260 quinquies cpv. 1 StGB)

denuncia senza indugio il fatto alla competente autorità di perseguimento penale

L' Ufficio di comunicazione informa entro 20 giorni feriali l' intermediario finanziario circa la decisione di trasmettere o non trasmettere la comunicazione di cui all' articolo 9 capoverso 1 lettera a a un' autorità di perseguimento penale

L' Ufficio di comunicazione informa l' intermediario finanziario interessato circa la decisione di trasmettere o non trasmettere la comunicazione di cui all' articolo 305 ter capoverso 2 StGB a un' autorità di perseguimento penale

18 Art. 10 GwG

Blocco dei beni

L' intermediario finanziario blocca i valori patrimoniali affidatigli che sono oggetto della comunicazione di cui all' articolo 9 capoverso 1 lettera a della presente legge o all' articolo 305 ter capoverso 2 StGB non appena l' Ufficio di comunicazione gli notifica di aver inoltrato la comunicazione a un' autorità di perseguimento penale

L' intermediario finanziario blocca senza indugio i valori patrimoniali affidatigli che sono oggetto della comunicazione di cui all' articolo 9 capoverso 1 lettera c

L' intermediario finanziario protrae il blocco dei beni fino a ricevimento di una decisione della competente autorità di perseguimento penale, ma al massimo per cinque giorni feriali a contare da quando l' Ufficio di comunicazione gli ha notificato di aver inoltrato la comunicazione nel caso di cui al capoverso 1 o da quando egli ha effettuato la comunicazione nel caso di cui al capoverso 1 bis

<https://www.diritto.it/riciclaggio-nellordinamento-giuridico-elvetico/>