

L'obbligo di segnalazione delle operazione sospetta ed i casi di esonero del professionista nella legislazione della repubblica di San Marino.

Contributo al convegno ODEC San Marino del 09 marzo 2018.

1. Introduzione. 2. La gestione del rapporto tra cliente e professionista ai fini antiriciclaggio. 3. La gestione del rapporto tra cliente e professionista ai fini antiriciclaggio. 4. Obbligo di astensione ed esonero. 5. La difesa del cliente, il segreto professionale e l'attività antiriciclaggio. 6. Conclusioni.

1. Introduzione.

La Legge 17 giugno 2008 n. 92, contenente le modifiche e integrazioni recepite con il Decreto – Legge 11 dicembre 2017 n. 139 (ratifica Decreto-Legge 116/2017), disciplina le condotte che gli operatori economici devono tenere al fine di adempiere agli obblighi di contrasto del fenomeno di riciclaggio. La norma reperisce quanto previsto dalla c.d. IV direttiva emanata dalla Unione Europea e che ha innovato in alcuni punti la precedente normativa.

Primo ed essenziale punto della riforma è l'impostazione di un approccio al fenomeno del riciclaggio basato sul rischio effettivo che i singoli operatori rintracciano nell'ambito della loro attività. Non più un rigido schema applicativo con l'individuazione rigida delle fattispecie del fenomeno e delle sue manifestazioni e correttivi, bensì una nuova impostazione che parte dalla necessità di una preventiva autoanalisi che, prima le categorie e poi i singoli operatori, devono effettuare per predisporre i necessari presidi di contrasto al fenomeno stesso.

Uno dei momenti di maggiore difficoltà nell'applicazione della normativa è l'individuazione delle condotte minime e sufficienti ad escludere la responsabilità dell'operatore per l'omesso controllo e/o l'omessa verifica delle attività e dei soggetti con cui vengono in contatto.

Se per gli operatori finanziari, del gioco o per i gestori del contante esistono delle strutture specifiche interne dedicate al contrasto del fenomeno e che hanno un obiettivo preciso ed unico, ovvero gestire i presidi ed agire come punti di verifica interna delle procedure antiriciclaggio, per i professionisti le norme hanno invece in radice un potenziale punto di conflitto tra l'attività professionale in sé, intesa come fonte di lavoro e di espressione delle proprie capacità professionali, ed il rischio che anche inconsapevolmente si possa divenire agevolatori o coautori di condotte rilevanti sul piano sanzionatorio per aver non contrastato il fenomeno del riciclaggio.

E' bene dire che questo conflitto permane anche con la nuova disciplina che deve però essere analizzata nell'ottica di offrire una bussola ben tarata per evitare che sorgano dubbi o opacità interpretative che espongano anche involontariamente i professionisti a sanzioni o conseguenze dannose.

2. La gestione del rapporto tra cliente e professionista ai fini antiriciclaggio.

In primo luogo ogni professionista deve essere dotato di un proprio sistema interno di gestione delle attività antiriciclaggio orientato alla chiara identificazione del cliente, sin dal primo approccio, ed alla sua profilatura in termini di rischio sin dall'avvio della collaborazione.

In pratica, gli iscritti nell'Albo dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili della Repubblica di San Marino, che non siano in regime di sospensione, gli iscritti nel registro dei revisori contabili e delle società di revisione e nel registro degli attuari della Repubblica di San Marino, che non siano in regime di sospensione gli iscritti nell'Albo degli Avvocati e Notai della Repubblica di San Marino, quando compiono in nome o per conto del proprio cliente una qualsiasi operazione finanziaria o immobiliare, ovvero professionisti iscritti presso Albi o Registri esteri che esercitano anche occasionalmente nella Repubblica di San Marino devono predisporre un sistema documentale che funga da prova dell'avvenuta applicazione delle norme antiriciclaggio e devono proattivamente applicare un "proprio" modello di prevenzione del rischio.

In pratica, all'atto del conferimento dell'incarico, per iscritto, al cliente andrà richiesta la documentazione necessaria per procedere alla verifica del rischio riciclaggio, conservando copia della documentazione ricevuta a detto fine (documenti identificativi, visure, ed ogni altro atto o documento idoneo a verificare l'identità del cliente) prima di accettare l'incarico. I professionisti devono poi conservare in un unico luogo nel territorio della Repubblica di San Marino la documentazione, le registrazioni, i dati e le informazioni relativi agli adempimenti e tale luogo deve essere comunicato all'Agenzia prima dell'accettazione dell'incarico professionale.

Se il professionista non è in grado di adempiere gli obblighi di adeguata verifica della clientela deve astenersi dall'instaurare rapporti d'affari, dall'eseguire operazioni sui rapporti d'affari, dall'eseguire operazioni occasionali o prestazioni professionali e deve interrompere i rapporti d'affari, se già avviati.

Pertanto, l'impossibilità di adempiere agli obblighi di adeguata verifica della clientela dà titolo alla risoluzione del rapporto d'affari.

Il professionista, nell'ipotesi in cui non abbia potuto effettuare l'adeguata verifica, valuta **in ogni caso** se inviare una segnalazione di operazione sospetta all'Agenzia, qualora ne ricorrano i presupposti.

La legge, pertanto, richiede che il professionista debba:

- Ricevere il cliente ed identificarlo con la consegna di un valido documento di identificazione
- Sottoporre una lettera di incarico con l'indicazione delle attività richieste al fine di certificare anche ex post la specifica attività richiesta;
- Recuperare tutta la documentazione necessaria all'incarico ed alla identificazione.

3. Obbligo di astensione ed esonero.

Laddove il cliente, ad esempio, non fornisca le proprie generalità o consegna documenti insufficienti all'identificazione ovvero qualora i dati e le informazioni relativi al titolare effettivo forniti in forma scritta dal cliente, risultino incoerenti rispetto all'individuazione, all'identificazione o alla verifica dell'identità del titolare effettivo svolta dal soggetto designato, il professionista deve informare l'Agenzia, secondo le modalità e le tempistiche dalla stessa stabilite.

In ogni caso, dovrà fare in modo di conservare i dati relativi ai fondi ed alle disponibilità connesse all'operazione.

La legge ha però previsto che i predetti adempimenti, previsti dall'art. 24, della legge non debbano esser eseguiti, al comma 4 bis del medesimo articolo:

- nel corso dell'esame della posizione giuridica del loro cliente
- nel corso dell'espletamento dei compiti di difesa o di rappresentanza del cliente in un procedimento giudiziario o amministrativo o in relazione a tale procedimento, compresa la consulenza sull'eventualità di intentare o evitare un procedimento.

E' evidente che l'art. 24, comma 4 bis pone l'interprete di fronte ad una ipotesi di intervento ermeneutico teso a razionalizzare il contenuto della disposizione.

Difatti, l'esonero previsto riguarda l'identificazione del cliente, ex art. 23 e seguenti della legge, ma non elimina, a parere dello scrivente, la necessità di tenere traccia dell'incarico ricevuto, con tutte le necessarie accortezze.

Laddove infatti non sia stato possibile identificare il cliente ovvero si siano ricevute informazioni non idonee o non congruenti, anche per la mera predisposizione di un parere giuridico o per approntare una ipotetica difesa giudiziaria, assume ancora maggiore rilevanza la prova del fatto che si sia interagito con il cliente esclusivamente per la mera analisi della posizione giuridica e non vi sia stato alcun coinvolgimento diverso del professionista.

Trattandosi infatti di una esimente, è necessario che la prova della ricorrenza del fatto che l'esimente sia applicabile deve essere fornita dal professionista stesso che, non avendo applicato l'obbligo di astensione dell'art. 24 dovrà provare che tanto è accaduto in virtù della peculiarità dell'incarico.

Tanto per il fatto che è escluso l'obbligo di astensione per la sola attività di mera analisi giuridica di potenziali operazioni.

Sia chiaro che per analisi giuridica si intende la sola attività di verifica della conformità di una ipotetica operazione con la legislazione vigente con l'individuazione dei limiti posti e dei rischi connessi. Ogni attività che travalichi il mero "pare" o che si trasformi in una vera e propria attività esecutiva produce un effetto espansivo dei divieti e degli obblighi antiriciclaggio.

Pertanto, al conferimento dell'incarico è necessario che si specifichi l'oggetto del parere ovvero che sia chiara la posizione giuridica controversa analizzata, astenendosi dal compiere ogni operazione anche indirettamente connessa al parere prestato senza effettuare, in quel caso, tutte le verifiche di cui all'art. 23.

Laddove però il professionista, una volta fornito il parere, riceva incarico per svolgere l'attività oggetto del parere dal medesimo cliente, dovrà necessariamente e pedissequamente seguire nel dettaglio la normativa e pertanto procedere anche con l'eventuale segnalazione se ne ricorrano i presupposti.

4. La difesa del cliente, il segreto professionale e l'attività antiriciclaggio.

E' altresì evidente che il medesimo meccanismo si applica per il soggetto che svolga attività di "difesa" del cliente e che abbia quindi necessità di analizzare, senza particolari vincoli, la posizione giudiziale, anche ancora non concretizzatasi una vera e propria azione, del cliente. La difesa processuale, infatti, è uno dei momenti in cui emerge un conflitto tra le necessità di riservatezza del professionista per gli affari affidati dal cliente con la necessità di contrastare il fenomeno del riciclaggio.

Il legislatore, per l'appunto, esonera il professionista dall'obbligo di astensione e gli consente pertanto di procedere nell'attività di consulenza, tanto al fine di non ledere i diritti di difesa tecnica di ciascuno e, consapevole della peculiarità degli interessi in gioco, inserisce nel corpus normativo l'art. 38 che prevede la facoltà del difensore di "opporre" il segreto professionale.

Infatti, i professionisti indicati nell'articolo 20 possono opporre all'Autorità giudiziaria, all'Agenzia e all'Autorità di polizia il segreto professionale sulle informazioni che essi ricevono nell'espletamento dei compiti di difesa o di rappresentanza del loro cliente in un procedimento giudiziario o in relazione a tale procedimento, compresa la consulenza sull'eventualità di intentare o evitare un procedimento, ove tali informazioni siano ricevute o ottenute prima, durante o dopo il procedimento stesso. Al contempo in detti casi i professionisti non hanno alcun obbligo di segnalazione.

Orbene, la norma va analizzata nel senso di comprendere quali sia il perimetro di applicazione dell'art. 38.

In primo luogo la norma parla nel titolo di "difensore" il cui segreto (quello del difensore appunto) è tutelato. Pertanto alla base di ogni eventuale opposizione del segreto vi deve essere un chiaro mandato conferito al professionista in qualità di "difensore". Ne discende che il conferente l'incarico andrà identificato e che dovrà con chiarezza indicarsi nell'incarico che vi è una posizione giuridica controversa in virtù della quale viene espletata l'attività da parte del professionista, specificando in maniera più puntuale possibile, la controversia ed il suo perimetro.

Detta necessità assiste il difensore, più che il cliente, poiché solo entro detto limite si ricade nel regime di tutela del segreto professionale. In sostanza, un cliente andrà accolto ricevendo preliminarmente indicazioni sull'oggetto dell'attività, avendo cura sin dall'avvio

del rapporto, di farsi rilasciare un incarico specifico che indichi, per l'appunto, che l'attività è inerente una posizione controversa.

La tracciabilità dell'incarico è fonte della tutela per il professionista che potrà, a posteriori, motivare il perché non abbia proceduto con le attività di adeguata verifica e/o segnalazione del cliente ex art. 38.

Tanto anche per la ragione che il segreto non copre in nessun caso le attività estranee alla posizione oggetto della controversia. Pertanto se un cliente riferisce circostanze o richiede attività che esulano la stretta difesa processuale o l'analisi dell'azione da proporre, il professionista ha l'obbligo di procedere a tutti gli incumbenti previsti, dall'adeguata verifica alla segnalazione, senza alcun esonero di sorta.

Prevede l'art. 38 che il segreto professionale e il segreto d'ufficio non possono essere opposti neppure quando i dati e le informazioni siano necessari per l'accertamento dei reati e delle violazioni amministrative previsti dalla presente legge, al di fuori dei casi previsti nel primo comma.

Pertanto, tutto quanto appreso o tutto quanto ricevuto dal professionista in esecuzione di uno specifico mandato di difesa in un procedimento giudiziario resta confinato nell'ambito del segreto professionale, ma tutto quanto esuli da detto incarico deve essere fatto oggetto di segnalazione e verifica specifica.

Il professionista dovrà, pertanto, agire con un metodo trasparente in ordine alle informazioni ricevute nel corso delle attività di difesa, che dovranno essere sempre trattate limitatamente alle necessità processuali.

5. Conclusioni.

Ne discende, quindi, che l'ambito di esonero è limitato nell'oggetto dell'attività e non nel soggetto cliente con cui il professionista opera.

Ben può esservi l'ipotesi, quindi, che un professionista si trovi nella condizione di esonero per una vicenda processuale ma possa essere obbligato ad operare una segnalazione se il cliente gli presenti vicende specifiche o dia informazioni che esulano la posizione processuale in sé.

Ulteriore aspetto è verificare se gli ausiliari del professionista incaricato della difesa rientrino o meno nell'esonero.

A parere dello scrivente non vi è dubbio che il segreto debba necessariamente coprire gli ausiliari del difensore incaricati di redigere perizie o pareri.

Rientra infatti nel generale principio della difesa tecnica la facoltà di predisporre atti o documenti peritali che possano fornire sostegno alla posizione del soggetto che sia coinvolto in un procedimento giudiziario. Nell'espletamento di dette attività appare evidente che il professionista debba essere tutelato dal segreto professione in modo da svolgere l'incarico con le medesime garanzie del "difensore".

Anche in questo caso l'oggetto dell'incarico andrà limitato e specificato, per iscritto, con chiarezza al fine di evitare che via sia fraintendimento e che si possa quindi eventualmente produrre questo atto (l'incarico per iscritto) a sostegno dell'eventuale frapposizione del segreto stesso.

Avv. Pietro Marzano