

Lo studio di Marco Krogh che qui si pubblica - dedicato alle nuove limitazioni all'uso del contante che dal 30 aprile 2008 sono imposte dall'art. 49 del d.lgs. 231/2007 - interpreta la norma secondo una rigorosa (e prudente) interpretazione letterale.

Sul punto della possibilità di regolare in contanti frazioni di pagamento inferiori ad euro 5.000,00 quando il pagamento è complessivamente di importo pari o superiore a euro 5.000,00 esistono dubbi interpretativi; è stato quindi chiesto al Ministero dell'economia e delle finanze (MEF) un chiarimento specifico.

Con la stessa nota si è chiesto al MEF anche un chiarimento sulla possibilità di ricevere in contanti pagamenti pari o superiori a 5.000,00 euro nell'ambito del servizio cambiario.

Nell'attesa di una risposta dal Ministero su tali punti e specie sulla sostenibilità, o meno, di una interpretazione della norma del 1° comma dell'art. 49 D.lgs. 231/2007 che consenta l'utilizzo di denaro contante per importi inferiori alla soglia di euro 5.000,00, si suggerisce comunque di attenersi al comportamento più prudente.

Bruno Barzellotti

COORDINATORE DEL GRUPPO DI STUDIO ANTIRICICLAGGIO

Nota della Redazione: La normativa, gli approfondimenti e le linee guida del notariato sono disponibili anche sulla RUN>Speciali>Antiriciclaggio

Le nuove limitazioni all'uso del contante e dei titoli al portatore introdotte dal d.lgs. 231 del 2007 e la tracciabilità dei pagamenti

Approvato dalla Commissione Legislativa - Gruppo di lavoro Antiriciclaggio, il 23 aprile 2008.

Il legislatore delegato, nell'intento di operare una prima sistemazione organica delle norme in materia antiriciclaggio, in attesa dell'emanazione del testo unico su cui sta lavorando la commissione insediata presso il Ministero dell'Economia e Finanze presieduta dal sottosegretario all'Economia Mario Lettieri, ha inserito, all'interno del d.lgs. 231 del 2007, un importante gruppo di disposizioni dirette a limitare l'uso del contante e dei titoli al portatore, nonché ulteriori restrizioni alla libera circolazione degli assegni, allo scopo di assicurare una migliore tracciabilità degli scambi finanziari.

La coerenza e l'efficienza di una legge si misura nel rapporto esistente tra le finalità che intende perseguire la legge stessa e gli strumenti che essa spende per raggiungerli.

Presupposto indefettibile per una efficace lotta al riciclaggio dei proventi di attività illecita (ed ora anche al finanziamento del terrorismo) è, senza dubbio, la limitazione all'uso del

contante che si traduce in tracciabilità dei pagamenti mediante una diffusa canalizzazione dei flussi finanziari verso gli archivi contabili degli enti creditizi e finanziari, i cui dati ed informazioni sono facilmente reperibili in caso di indagini dirette alla prevenzione e repressione dei reati di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo.

Come affermato dal Governatore della Banca d'Italia Mario Draghi nella audizione tenuta lo scorso giugno 2007 presso la Commissione parlamentare antimafia, le limitazioni all'uso del contante costituiscono un fondamentale presidio antiriciclaggio, che andrebbe confermato e reso più efficiente, abbassando la soglia di liceità di utilizzo e introducendo misure più stringenti per la rilevazione dei trasferimenti di fondi attuati attraverso i cosiddetti *money transfer*.

Secondo il Governatore della Banca d'Italia, il nostro Paese si distingue nel confronto europeo per lo scarso ricorso a mezzi di pagamento diversi dal contante: alla fine del 2006 le transazioni regolate non in contante erano 62 per abitante a fronte di 150 registrate nell'Eurosistema già nel 2004.

Gli artt. 49, 50 e 51 del decreto sono norme che vanno in questa direzione con la finalità di aumentare la trasparenza e la tracciabilità delle transazioni finanziarie.

Va ricordato che l'entrata in vigore delle disposizioni contenute nell'art. 49 del d.lgs. 231 del 2007 è fissata al 30 aprile 2008 ed è stata, pertanto, rinviata rispetto alle altre norme "antiriciclaggio" in vigore dal 29 dicembre 2007.

Lo sfalzamento è verosimilmente giustificato dal forte e generalizzato impatto che queste disposizioni avranno sulle ricorrenti prassi commerciali ed abitudini sociali. Del resto, la storia insegna, che ogni legge crea mentalità e costume e la strada intrapresa è quella giusta se si vuol invertire una tendenza che non giova alla trasparenza delle transazioni finanziarie.

Si è innanzitutto abbassata la soglia di utilizzo di denaro contante da 12.500 euro a 5.000 euro: è, infatti, *"vietato il trasferimento di denaro contante o di libretti di deposito bancari o postali al portatore o di titoli al portatore in euro o in valuta estera, effettuato a qualsiasi titolo tra soggetti diversi, quando il valore dell'operazione, anche frazionata, è complessivamente pari o superiore a 5.000 euro. Il trasferimento può tuttavia essere eseguito per il tramite di banche, istituti di moneta elettronica e Poste Italiane S.p.A."*

La norma nella sua stesura, salvo il diverso importo indicato, ricalca il 1° comma dell'art. 1 della legge 197 del 1991, con una precisazione di non poco rilievo: nella nuova stesura l'avverbio "complessivamente" non è più riferibile al valore da trasferire, ma al valore dell'operazione, *anche frazionata*.

Giova ricordare che, sul significato da assegnare all'avverbio "complessivamente", si era pronunciato il Consiglio di Stato nel noto parere n.1504 del 12 dicembre 1995 ⁽¹⁾ giungendo alla conclusione che il tenore letterale della norma non consentiva il cumulo di più pagamenti frazionati nel tempo per verificare l'eventuale superamento della soglia prescritta.

L'avverbio "complessivamente" era, secondo il suddetto parere, da riferirsi al cumulo dei mezzi di pagamento elencati nella disposizione stessa *"denaro contante o di libretti di deposito*

bancari o postali al portatore o di titoli al portatore” la cui somma non poteva superare la soglia prescritta nelle operazioni che si perfezionano nel medesimo contesto temporale.

Un rilievo, quindi “oggettivo” all’avverbio complessivamente, giustificato dall’impossibilità, per i soggetti passivi della normativa che, giova ricordare, nella prima fase applicativa della norma erano i soli enti creditizi e finanziari, di cumulare e ricondurre ad unità pagamenti effettuati in tempi diversi.

Peraltro, il Consiglio di Stato, per evitare che l’interpretazione proposta si prestasse a manifesti abusi, concludeva invitando a tener conto *“della circostanza che la presenza di determinati elementi, anche di ordine temporale, potrebbe rendere pienamente compatibili con le finalità delle misure antiriciclaggio eventuali eccezioni alla regola in parola, in talune fattispecie particolari”*.

Dunque, il Consiglio di Stato per le operazioni frazionate nel tempo, da un lato, poneva una regola generale che escludeva la cumulabilità dei mezzi di pagamento ai fini della verifica del superamento della soglia, da altro lato sollecitava comunque la segnalazione dell’operazione se accompagnata da circostanze soggettive ed oggettive che costituiscono un indice di rischio riciclaggio.

L’interpretazione in tal senso dell’avverbio “complessivamente” – vigente il d.lgs. 56 del 2004 -, è stata ribadita dal Dipartimento Provinciale del Ministero dell’economia e delle finanze – direzione provinciale di Verona, con nota prot. 0910/Segr. del 9 ottobre 2006 nella quale si riafferma l’inesistenza del divieto quando, nell’ambito della medesima operazione, si convengono più pagamenti rateali in denaro o in titoli al portatore (separatamente o cumulativamente) ciascuno inferiore al limite di legge.

Il preciso riferimento ad “operazione” e non più a “valore da trasferire”, contenuto nell’art. 49 del d.lgs. 231 del 2007 e soprattutto l’inciso “anche frazionata” riferito all’operazione, sollecita l’interprete ad una revisione dell’interpretazione sino ad oggi seguita.

Va, altresì, considerato che la definizione del termine “operazione” contenuta nell’art. 1 del d.lgs. 231/2007 è stata meglio articolata affermando che:

- per i soggetti di area finanziaria è “la trasmissione o la movimentazione di mezzi di pagamento;
- per i professionisti, invece, è un’attività determinata o determinabile, finalizzata a un obiettivo di natura finanziaria o patrimoniale modificativo della situazione giuridica esistente, da realizzare tramite una prestazione professionale.

Il dato nuovo che emerge dalla definizione è la netta distinzione concettuale tra il significato del termine “operazione” per i soggetti di area finanziaria ed i professionisti. Mentre per i primi il significato sembra coincidere con la definizione contenuta nella precedente disposizione, per i professionisti il riferimento è ad una attività, quindi, ad una serie di atti legati da un obiettivo comune.

In altri termini per verificare l’eventuale superamento della soglia massima consentita

per l'utilizzo del denaro contante non potranno isolarsi i singoli pagamenti in ragione del tempo in cui i medesimi avvengono ma, al contrario, si dovrà far riferimento al valore complessivo della prestazione dedotta in contratto talché, anche se ci si trovi in presenza di più pagamenti rateizzati, per verificare se si sia o meno superata la soglia massima consentita per l'utilizzo del contante e dei titoli al portatore dovrà tenersi conto dell'importo complessivo dell'operazione e non della singola rata di pagamento.

Sarà la genesi causale delle singole rate a consentire o ad escludere il cumulo dei pagamenti ai fini della verifica del superamento della soglia massima e non il tempo in cui i singoli pagamenti avvengono (fatto salvo ovviamente il nuovo limite temporale di sette giorni che obbliga comunque ad effettuare il cumulo tra più pagamenti privi di una loro genesi causale che ne giustifichi il frazionamento).

Testualmente, l'art. 1 definisce operazione frazionata: *un'operazione unitaria sotto il profilo economico, di valore pari o superiore ai limiti stabiliti dal presente decreto, posta in essere attraverso più operazioni, singolarmente inferiori ai predetti limiti, effettuate in momenti diversi ed in un circoscritto periodo di tempo fissato in sette giorni ferma restando la sussistenza dell'operazione frazionata quando ricorrano elementi per ritenerla tale*".

Dunque, come già accennato, un riferimento ad un determinato arco temporale (sette giorni) in cui si svolgono la pluralità di operazioni, senza alcun riferimento al profilo causale, ed un riferimento ad ulteriori elementi in grado di riunificare più operazioni che avvengono in un arco di tempo superiore ai sette giorni.

Con le nuove disposizioni, l'avverbio "complessivamente", pertanto, va letto nella sua accezione "teleologica" in modo da collocare il singolo pagamento (*rectius*: la singola frazione di pagamento) in una dimensione non più fine a sé stessa, ma all'interno di una prestazione sorretta da precisi profili causali anche se frazionata nel tempo.

Mentre il criterio temporale dei sette giorni sarà utilizzato, prevalentemente dalle banche e dagli enti finanziari per cumulare più pagamenti, effettuati dal medesimo cliente, che non presentano all'esterno elementi che consentono un loro cumulo sotto la medesima causale, il criterio "teleologico" sarà utilizzato prevalentemente dal professionista, il quale è in grado di riunificare le frazioni di pagamento all'interno della medesima prestazione contrattuale, in forza di elementi ulteriori in suo possesso e del sinallagma che regge le prestazioni all'interno del medesimo contratto.

Ai fini della cumulabilità va, dunque, verificato l'oggetto della prestazione dedotta in contratto al fine di accertarsi se la pluralità di pagamenti costituiscono frazioni di un'unica prestazione, anche se cadenzati in un arco temporale superiore a sette giorni, ovvero se la pluralità di pagamenti corrispondono ad una pluralità di prestazioni ciascuna caratterizzata da una sua genesi causale (si pensi ad esempio alla caparra che è oggetto di prestazione concettualmente diversa dall'acconto di pagamento del prezzo, così come i singoli pagamenti di un contratto di somministrazione non potranno essere cumulati mantenendo ciascuno una sua autonomia rispetto agli altri).

La disposizione contenuta nell'art. 49 sembra, pertanto, assumere una valenza diversa in ragione del diverso modo di operare dei soggetti passivi tenuti al controllo del rispetto della norma stessa.

E' evidente che la diversità opera non nell'individuazione degli elementi che definiscono la fattispecie che prescrive limitazioni all'uso del contante, ma sulla condotta che deve assumere il professionista o la banca (o altro soggetto di area finanziaria) nella sua attività di controllo sul rispetto delle disposizioni contenute all'interno del sistema antiriciclaggio.

Talché, se la fattispecie sanzionata sarà la medesima per qualunque soggetto ed attiene ad un generale divieto di utilizzo di denaro contante per effettuare pagamenti relativi alla medesima operazione anche se frazionati in più importi, sul piano del rilevamento dell'infrazione il legislatore dà un diverso rilievo all'attività svolta dal professionista rispetto a quella svolta da un ente di area finanziaria.

Va, peraltro, sottolineato che la nuova disposizione e la diversa rilevanza dell'avverbio "complessivamente" all'interno di una pluralità di pagamenti riferibili alla medesima prestazione avendo carattere innovativo rispetto al *modus operandi* sino ad oggi seguito non potrà valere che per il futuro.

Nel tracciamento dei pagamenti cui sarà tenuto il notaio (*recte*: le parti contraenti) per ottemperare al disposto del comma 22 dell'art. 35 del d.l. 223 del 2006 (conv. in l. 248 del 2006) i singoli pagamenti dovranno essere collocati nel tempo in cui sono avvenuti per individuare la disposizione vigente in quel momento.

Dovranno, pertanto, distinguersi:

- i pagamenti anteriori al 4 luglio 2006, per i quali in forza del disposto del comma 49 dell'art. unico della legge 296 del 2006 (legge finanziaria 2007) non c'è obbligo di tracciamento;
- i pagamenti effettuati fino al 29 aprile 2008, per i quali non si registra alcuna modifica sostanziale, nè sotto il profilo della soglia minima (che rimarrà fissata in euro 12.500) nè sotto il profilo concettuale di operazione frazionata e di cumulo dei pagamenti;
- infine i pagamenti effettuato dal 30 aprile 2008, per i quali valgono le nuove disposizioni contenute nell'art. 49 *de quo*.

Nella medesima prospettiva di maggior rigore nel limitare l'uso di denaro contante, l'art. 49 del d.lgs. 231/2007 detta ulteriori norme dirette a far diventare l'utilizzo del denaro contante sempre più un'eccezione rispetto al regolare utilizzo di mezzi di pagamento tracciabili.

E' previsto, infatti, che *"i moduli di assegni bancari e postali sono rilasciati dalle banche e da Poste Italiane S.p.A. muniti della clausola di non trasferibilità. Il cliente può richiedere, per iscritto, il rilascio di moduli di assegni bancari e postali in forma libera."*

L'obbligo generalizzato della clausola di non trasferibilità sugli assegni bancari e postali si è abbassata da 12.500 euro a 5.000 euro.

Va sottolineato che l'importo pari o superiore a 5.000 euro è previsto per ogni singolo assegno e non per l'ammontare complessivo degli assegni.

Talché, conformemente a quanto deciso dalla direzione Generale del Tesoro (Servizio V antiriciclaggio) ⁽²⁾ sarà possibile l'emissione contemporanea di più assegni, ciascuno di importo inferiore ad euro 5.000, anche se riferiti alla medesima operazione complessivamente superiore a 5.000 euro. Ciò non costituisce un'incongruenza del sistema in quanto, non va dimenticato che l'assegno anche senza apposizione della clausola di non trasferibilità è comunque un mezzo di pagamento tracciabile, ancor di più oggi in forza delle nuove norme che impongono, a pena di nullità, l'indicazione del codice fiscale del girante nella girata.

Va, tuttavia, precisato che in questo caso, pur non sussistendo alcuna infrazione al disposto del citato art. 49, si potrebbe ravvisare un'anomalia che obbliga il notaio alla segnalazione dell'operazione, come sospetta laddove ne sussistano i presupposti.

Con un'importante disposizione si è, inoltre, posto il divieto di emissione degli assegni all'ordine del traente (noti come assegni a m.m., a me medesimo o a sé stessi), salvo la possibilità di un tale forma di emissione per girare gli assegni stessi a una Banca o alle Poste Italiane S.p.a. per l'incasso.

La norma pone un limite importante ad una prassi che consentiva di fatto una circolazione "al portatore" dei titoli all'ordine.

E' altresì prevista, come regola di "default" l'emissione degli assegni circolari, vaglia postali e cambiari, con la clausola di non trasferibilità, salvo per quelli di importo inferiore a 5.000 euro per i quali può essere richiesto, per iscritto, dal cliente l'emissione senza la clausola di non trasferibilità

Con un'ulteriore disposizione diretta a scoraggiare l'utilizzo di assegni liberi, è stato disposto che per ciascun modulo di assegno bancario o postale richiesto in forma libera ovvero per ciascun assegno circolare o vaglia postale o cambiario rilasciato in forma libera è dovuta dal richiedente, a titolo di imposta di bollo, la somma di 1,50 euro (sul punto l'Agenzia delle entrate ha emanato in data 7 marzo 2008 la circolare n.18/E).

Per gli assegni per i quali non è apposta la clausola di non trasferibilità, la validità della girata, come già accennato, è condizionata all'apposizione del codice fiscale del girante.

La girata in bianco non potrà essere più eseguita con modalità che assicuravano di fatto, come gli assegni a favore del traente, una circolazione "al portatore" dell'assegno. L'apposizione del codice fiscale del girante (richiesta a pena di nullità della girata) non consentirà l'anonimato dei vari soggetti che hanno ricevuto l'assegno in pagamento ⁽³⁾.

Va osservato che la nullità della girata non estende i suoi effetti ai rapporti cartolari che precedono la girata nulla, talché i relativi diritti potranno essere esercitati da colui che possiede la cambiale in forza dell'ultima girata valida ovvero, in mancanza di girate valide, da colui a cui favore è stato emesso l'assegno.

Maggiori dubbi sussistono, invece, relativamente alla sorte delle girate successive alla

girata nulla, sia nel caso in cui ad una girata non sia stato apposto il codice fiscale del girante e sia nel caso in cui è stato apposto un codice fiscale errato.

E' ragionevole ritenere che nel primo caso le girate successive non abbiano alcun effetto non essendosi prodotto quell'effetto tipico del trasferimento di tutti i diritti, previsto dall'art. 2011 c.c. in ragione della nullità della girata (*quod nullum est nullum producit effectum*), nel secondo caso, al contrario, l'art. 1994 c.c., che disciplina il possesso in buona fede del titolo, rende preferibile ritenere che l'apposizione di un codice fiscale errato non faccia venir meno i diritti vantati dagli ulteriori giratari in buona fede, salvo verificare i rapporti derivanti dalla girata intermedia nulla.

Questa interpretazione sembra essere confortata anche dalla recente circolare emessa dal Ministero Economia e Finanze in data 20 marzo 2008 dal dottor Giuseppe Maresca sugli aspetti operativi legati le nuove misure disposte dal citato art. 49.

Analoghe disposizioni limitative sono disposte per i libretti di deposito bancari o postali al portatore d'importo pari o superiore a 5.000 euro e per il loro trasferimento.

L'art. 49, fa salve, comunque, le disposizioni relative ai pagamenti effettuati allo Stato o agli altri enti pubblici e alle erogazioni da questi comunque disposte verso altri soggetti. È altresì fatta salva la possibilità di versamento prevista dall'articolo 494 del codice di procedura civile.

E' utile ricordare ⁽⁴⁾ che, con il termine "vaglia postali e cambiari", la norma prende in considerazione esclusivamente i titoli che costituiscono mezzi di pagamento e tra questi i vaglia cambiari speciali emessi dall'Istituto di emissione, dal Banco di Napoli e dal Banco di Sicilia, ne consegue che nella previsione della norma non rientra il vaglia cambiario ordinario (cambiale) che non è un mezzo di pagamento bensì una obbligazione.

La tracciabilità dei pagamenti non è, a ben vedere, garantita esclusivamente dalle prescrizioni contenute nell'art. 49, ma anche dall'art. 36 del d.lgs. 231 del 2007 laddove, nel dettagliare il contenuto degli obblighi di conservazione e registrazione dei soggetti destinatari della normativa antiriciclaggio, dispone nel 2° comma che i soggetti *indicati negli articoli 11, 12, 13 e 14, registrano, con le modalità indicate nel presente Capo, e conservano per un periodo di dieci anni, le seguenti informazioni:*

(...) b. con riferimento a tutte le operazioni di importo pari o superiore a 15.000 euro, indipendentemente dal fatto che si tratti di un'operazione unica o di più operazioni che appaiono collegate o frazionate: la data, la causale, l'importo, la tipologia dell'operazione, i mezzi di pagamento e i dati identificativi del soggetto che effettua l'operazione e del soggetto per conto del quale eventualmente opera.

Dubbio è se il disposto della lett. b) del 2° comma dell'art. 36, sopra riportato, abbia portata generale e, quindi si riferisca sia alle operazioni più specificamente finanziarie che alle prestazioni professionali ovvero se si riferisca solo alle prime.

Riguardo ai destinatari delle norme, il riferimento è certamente generale, tuttavia il contenuto dell'obbligo va articolato in ragione delle specificità che caratterizzano la prestazione

professionale e la distinguono dalla operazione finanziaria.

L'interrogativo principale, relativamente al tracciamento dei mezzi di pagamento, riguarda da un lato la sussistenza di un obbligo generico a carico del notaio di indagare sui mezzi di pagamento relativi alle operazioni svolte tramite il suo ministero e da altro lato, la sussistenza di un obbligo a carico dei contraenti di comunicare al notaio i mezzi utilizzati per eseguire i pagamenti.

Nella normativa antiriciclaggio previgente la relativa prescrizione era contenuta nell'art. 2 della legge 197 del 1991 che espressamente disponeva al 4° comma:

“La data e la causale dell'operazione, l'importo dei singoli mezzi di pagamento, le complete generalità ed il documento di identificazione di chi effettua l'operazione, nonché le complete generalità dell'eventuale soggetto per conto del quale l'operazione stessa viene eseguita, devono essere facilmente reperibili e, comunque, inseriti entro trenta giorni in un unico archivio di pertinenza del soggetto pubblico o privato presso il quale l'operazione viene eseguita”.

La nuova disposizione ricalca sostanzialmente il contenuto di quella testé riportata che aveva come suoi destinatari “fisiologici” gli enti creditizi e finanziari, ossia quei soggetti che istituzionalmente svolgono operazioni “di cassa”, quindi tipicamente di “pagamento”.

Come già ricordato, nel d.lgs 231 del 2007 il termine “operazione” è utilizzato con una diversa valenza a seconda dei destinatari delle norme, come testualmente si evince dalla lettera l) dell'art. 1 del decreto stesso che definisce operazione:

- per i soggetti di “area finanziaria”: *la trasmissione o la movimentazione di mezzi di pagamento;*
- per i professionisti: *un'attività determinata o determinabile, finalizzata a un obiettivo di natura finanziaria o patrimoniale modificativo della situazione giuridica esistente, da realizzare tramite una prestazione professionale.*

Per quanto riguarda le prestazioni professionali di tipo contrattuale, al contrario, si era giunti alla conclusione ⁽⁵⁾ che la disposizione presupponesse, a monte, l'esistenza di un obbligo giuridico che imponesse alle parti di un contratto o, più in generale di un atto notarile, di dichiarare i mezzi di pagamento, così come, ad esempio, relativamente all'obbligo imposto dal comma 22 dell'art. 35 della legge 248 del 2006.

Non sembra che ci possano essere dubbi che, sistematicamente, il disposto della lettera b) comma 2 dell'art. 36 assuma un diverso rilievo in rapporto al soggetto di riferimento: professionista o altri soggetti di area finanziaria, in ragione della diversa valenza concettuale del termine “operazione”.

Pertanto - così come si riteneva in precedenza -, in assenza di una disposizione espressa che obblighi i contraenti a comunicare i pagamenti ed a renderli tracciabili, non è ragionevole ritenere che sussista un obbligo a carico delle parti relativo all'indicazione dei mezzi di pagamenti (che tuttavia se indicati all'interno dell'atto notarile saranno comunque da

registrare) non sussistendo validi motivi che giustifichino una diversa interpretazione dell'attuale disposizione che, semmai, sembra rafforzata dalla articolata definizione del termine "operazione" contenuta nel nuovo d.lgs.

Eventualmente in presenza di indici di anomalia riscontrabili nelle circostanze oggettive e soggettive dell'operazione, sarà demandato al professionista valutare e pesare eventuali reticenze dei clienti, in ordine alle modalità di pagamento, al fine di segnalare l'operazione all'autorità competente come sospetta.

Giova, sul punto, ricordare, altresì, che l'art. 23 del d.lgs. 231 del 2007 prevede con riguardo al mancato adempimento degli obblighi di adeguata verifica che quando gli enti o le persone soggetti al decreto *de quo* non sono in grado di rispettare gli obblighi di adeguata verifica della clientela stabiliti dall'articolo 18, comma 1, lettere a), b) e c), non possono instaurare il rapporto continuativo né eseguire operazioni o prestazioni professionali e valutano se effettuare una segnalazione alla UIF.

Nei casi in cui l'astensione non sia possibile, in quanto sussiste un obbligo di legge di ricevere l'atto, ovvero l'esecuzione dell'operazione per sua natura non possa essere rinviata o l'astensione possa ostacolare le indagini, gli enti e le persone soggetti al presente decreto informano la UIF immediatamente dopo aver eseguito l'operazione.

Orbene, se si ammettesse un obbligo generalizzato di acquisizione delle modalità di pagamento e l'acquisizione dei relativi dati si facesse rientrare, nei limiti di seguito chiariti, nell'obbligo di adeguata verifica del cliente, per le prestazioni professionali svolte dai notai si avrebbero conseguenze abnormi in termini di efficienza del sistema.

Invero, sussistendo per i notai l'obbligo di legge, sancito dall'art. 27 della legge notarile di prestare il proprio ministero, qualora il cliente non sia in grado di documentare i propri pagamenti, sussisterebbe per i notai, da una parte l'obbligo di prestare il proprio ministero e, da altra parte, di informare l'UIF in ordine alla mancata acquisizione delle modalità di pagamento e ciò, anche in assenza di qualunque indice di anomalia e di qualunque infrazione commessa dal cliente alle disposizioni di cui al cit. art. 49.

La ricaduta sul sistema di una simile interpretazione produrrebbe effetti irragionevoli perché obbligherebbe gli organi preposti (UIF) al monitoraggio di operazioni per le quali, pur in assenza di qualunque indice di anomalia (soggettivo e oggettivo) e di qualunque accertata infrazione non si è in grado di tracciare con certezza le modalità di pagamento, per i motivi più svariati, al di fuori di rischi di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo.

Non può trascurarsi, d'altro canto, che l'obbligo di registrazione e conservazione dei dati ed informazioni non ha un suo contenuto indipendente ma è logicamente e cronologicamente successivo all'adempimento degli obblighi di adeguata verifica.

Tuttavia l'art. 18 del d.lgs 231 del 2007 che indica il contenuto degli obblighi di adeguata verifica, al suo interno non prevede alcun obbligo espresso di acquisizione dei dati relativi ai mezzi di pagamento.

L'eventuale attività acquisitiva dei dati relativi al pagamento andrebbe astrattamente

ricondotta:

- nella lettera c) dell'art. 18 (con qualche forzatura e nei limiti in cui le modalità di pagamento attengano all'individuazione dello scopo e della natura della prestazione);
- ovvero nell'art. 20, che attiene alle modalità di esecuzione degli obblighi di adeguata verifica;
- ovvero nell'art. 28 che prevede obblighi rafforzati di adeguata verifica in presenza di un più elevato rischio di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo.

In tutte le disposizioni appena richiamate, tuttavia, l'eventuale acquisizione dei dati sulle modalità di pagamento si colloca non all'interno di un obbligo generalizzato, ma costituisce attività rimessa al prudente apprezzamento del soggetto destinatario della norma.

Dunque, non obbligo specifico ricorrente in qualunque fattispecie ma piuttosto modalità di esecuzione degli obblighi di adeguata verifica, in presenza di presupposti che rendano consigliabile per professionista l'acquisizione di questa informazione per una miglior conoscenza del "cliente" e degli "scopi e natura dell'operazione" nell'ottica della *customer due diligence* che regge il nuovo sistema antiriciclaggio: non più e non solo mera identificazione del cliente ma conoscenza del cliente.

In buona sostanza, il riferimento alla registrazione delle modalità di pagamento contenuto nell'art. 36, non può assumere valenza generalizzata, per qualunque operazione di importo pari o superiore a 15.000 euro, ma va specificato verificando, in primo luogo, se ed in quali operazioni può astrattamente individuarsi una "modalità di pagamento" - ed è facile rispondere che questo dato non ricorre costantemente in tutte le prestazioni professionali (si pensi ai trasferimenti a titolo gratuito) -, ed in secondo luogo, se l'acquisizione delle modalità di pagamento costituisca uno specifico potere/dovere per il notaio nei confronti del cliente (e simmetricamente uno specifico obbligo del cliente nei confronti del notaio) nell'adempimento degli obblighi di adeguata verifica ovvero se la suddetta informazione debba essere registrata e conservata dal professionista nei soli casi in cui essa è disponibile perché fornita dal cliente a fronte di uno specifico obbligo di legge (comma 22 dell'art.35 del d.l. 223 del 2006), ovvero perché messa spontaneamente a disposizione dal cliente pur in assenza di un obbligo di legge ovvero perché acquisita su esplicita sollecitazione del notaio in presenza di indici di anomalia, oggettivi o soggettivi, all'interno del quadro normativo delineato dagli artt. 18, 20 e 28 del d.lgs. 231 del 2007.

A conferma ulteriore di questa interpretazione vanno considerati gli effetti indesiderati che produrrebbe un obbligo generalizzato di tracciamento delle modalità di pagamento: il sistema si ingolferebbe, non si avrebbe più una selezione filtrata dei dati e delle informazioni utili ad eventuali indagini, ma un irragionevole e generalizzato riversamento sull'UIF di attività investigativa, in tutti i casi in cui il notaio non sia in grado di acquisire certezza sulle modalità di pagamento, con uno sviamento di risorse umane e finanziarie di non poco conto.

Marco Krogh

-
- 1) Sul duplice significato attribuibile all'avverbio "complessivamente", cfr. M.Krogh "*Le dichiarazioni sostitutive di atto notorio di cui all'art.35 comma 22 del decreto Bersani, anche alla luce della normativa antiriciclaggio*" in *Novità e Problemi nell'imposizione tributaria relativa agli immobili, I Quaderni della Fondazione Italiana per il Notariato*, ed. Il Sole 24 Ore, pag. 75 e segg. – cfr. altresì lo studio n. 442-2006 di M. LEO "Decreto Legge 4 luglio 2006 n.223 e limitazioni dell'uso del contante e dei titoli al portatore" cit., nel quale si fa, peraltro, espresso riferimento al citato parere del Consiglio di Stato evidenziando come il medesimo si riferisse a fattispecie lontane da quelle notarili ed in cui i soggetti coinvolti nella disciplina antiriciclaggio erano gli istituti bancari.

In ogni caso, il Parere del Consiglio di Stato coglie un aspetto fondamentale, a carattere generale, relativo all'approccio interpretativo che si deve avere nei riguardi della materia in oggetto; ci si riferisce, in particolare, alle seguenti affermazioni dei giudici amministrativi:

"[Le disposizioni del d.l. 3 maggio 1991 n. 143, convertito nella Legge 5 luglio 1991 n. 197 sono] norme che, per quanto riguarda in particolare i divieti relativi al trasferimento di denaro contante e titoli al portatore, per un valore minimo fissato a venti milioni di lire [oggi Euro 12.500], non risultano aver dettato una disciplina analitica di dettaglio in ordine alle singole fattispecie concretamente ipotizzabili: in simile prospettiva sembra quindi logico ritenere che, ai fini della corretta applicazione delle norme in parola, ancor più determinante rilievo venga necessariamente ad assumere il criterio ermeneutico che si richiama alla "intenzione del legislatore" secondo quanto previsto dall'art. 12, comma 1, delle disposizioni sulla legge in generale.

In linea di principio può pertanto ritenersi che i divieti di cui si discute vadano coerentemente intesi e valutati alla luce delle specifiche finalità indicate dalla legge, per cui non risulterebbero giustificate limitazioni generalizzate alla libera circolazione dei beni, nell'esercizio di attività rientranti nell'ambito dell'iniziativa economica privata, se tali limitazioni non si manifestino funzionali al rispetto ed alla salvaguardia delle esigenze di sicurezza pubblica, per la prevenzione e la repressione dei reati, che sono state poste alla base delle disposizioni legislative in parola.

Resta fermo, peraltro, che - di norma - ove sorgano elementi di incertezza al riguardo, le relative valutazioni dovranno essere imprescindibilmente effettuate caso per caso, trattandosi tra l'altro di determinazioni amministrative che comportano la irrogazione di misure sanzionatorie."

- 2) Cfr. parere n. 62 dell'11 novembre 1997
- 3) La girata può essere fatta: *in pieno*, quando contiene il nome del giratario o *in bianco* quando viene apposta solamente la firma del girante; in tal caso l'art. 2011, II comma, c.c. offre al portatore del titolo le seguenti alternative: riempire la girata con il proprio nome; riempire la girata con il nome di un altro soggetto cui trasferisce il titolo; apporre una successiva girata, in pieno o in bianco; limitarsi alla semplice consegna del titolo al terzo, in modo tale che il titolo girato in bianco circoli manualmente. Tuttavia il relativo titolo non assume la qualifica di titolo al portatore, in quanto è sempre possibile riprendere la circolazione documentata.
- 4) Cfr. il parere n.28 del 9 novembre 1995 del Ministero del Tesoro - Direzione Generale Del Tesoro -Servizio V - Antiriciclaggio, Contenzioso E Valutario Comitato Legge n°197/1991.
- 5) Cfr. studio CNN n. 14-2006/B Antiriciclaggio. Studio sull'indicazione nell'atto notarile dei mezzi di pagamento - approvato dal Consiglio Nazionale del Notariato 31 luglio 2006 Autori: Gea Arcella - Marco Krogh, in *CNN Notizie* del 14 settembre 2006.