

L'istituto dell'adeguata verifica: profili ricostruttivi e prospettive future

di Roberta Condemi

SOMMARIO: 1. La nozione di adeguata verifica e sua evoluzione storica; - 2. Ambito soggettivo di applicazione dell'istituto dell'adeguata verifica; - 2.1. Calibratura degli obblighi in relazione alla tipologia dell'attività svolta dall'intermediario; - 2.2. Contenuti principali del Provvedimento recante disposizioni attuative in materia di adeguata verifica della clientela; - 2.2.1. Agenti in attività finanziaria e mediatori creditizi; - 2.2.2. L'emissione di assegni circolari; - 2.2.3. Operazioni di credito su pegno; - 3. Prospettive future.

1. La nozione di adeguata verifica e sua evoluzione storica

La c.d. *"adeguata verifica"*, quale istituto giuridico, costituisce, nell'ordinamento antiriciclaggio, il principale strumento ai fini dell'adempimento degli obblighi di *"collaborazione attiva"* previsti dalla vigente normativa in materia di contrasto al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo.

Se dunque il processo di adeguata verifica, come appena rappresentato *in nuce*, costituisce il nucleo innovativo più rilevante della c.d. *"terza direttiva antiriciclaggio"* e della normativa interna di recepimento, occorre soffermarsi sulle ragioni che sono alla base della sua introduzione.

Sul punto è opportuno ricostruire brevemente l'evoluzione della normativa di settore.

Il d.l. 3 maggio 1991, n. 143, convertito in l. 5 luglio 1991, n. 197 prevedeva all'art. 2 che venissero identificati (per mezzo dell'indicazione delle generalità) e registrati coloro che compissero *"operazioni che comportano trasmissione o movimentazione di mezzi di pagamento di qualsiasi tipo che siano di importo superiore a lire venti milioni (...)"*.

Similmente, la direttiva 91/308/CEE (c.d. *"prima direttiva antiriciclaggio"*) prevedeva, agli artt. 3 e 4 obblighi di identificazione e *"conservazione"* per tutti i clienti che intrattenessero rapporti d'affari o compissero operazioni oltre la soglia di 15.000 ECU.

Entrambe le disposizioni prevedevano la possibilità che il soggetto che compiva l'operazione agisse in nome e per conto di un soggetto terzo e che detto ultimo soggetto venisse identificato (nella l. n. 197/1991) ovvero fossero disponibili informazioni sulla *"effettiva identità"* del terzo.

Gli obblighi qui richiamati sono definibili *"puntuali"* in quanto limitati al momento dell'instaurazione del rapporto.

Tuttavia vi è di più.

L'attenta analisi della lettera delle norme riportate permette di individuare un ulteriore *"filone evolutivo"* della normativa di settore, vale a dire l'identificazione del terzo *"titolare effettivo"* del rapporto.

La c.d. *"seconda direttiva antiriciclaggio"* (2001/97/CE) non introduce innovazioni sostanziali nei due filoni appena indicati.

Il punto di svolta della disciplina in materia di contrasto al riciclaggio e al finanziamento del terrorismo non va dunque individuato nell'evoluzione della normativa (all'epoca) comunitaria, ma in un atto emanato da un organismo internazionale, come tale privo di vincolatività ma pur tuttavia inquadrabile nell'area del *soft law*, vale a dire il FATF-GAFI.

A partire dal 1990 (prima versione) il GAFI ha predisposto un set di raccomandazioni (c.d. "40 raccomandazioni") rivolte a Paesi, Autorità ed Unità di informazione finanziaria, al fine di individuare le *best practices* in materia di contrasto al riciclaggio.

La revisione delle "40 raccomandazioni" adottata il 20 giugno 2003 dà l'impulso decisivo allo sviluppo della verifica del titolare effettivo (primo filone) e disegna il quadro di base della "due diligence", vale a dire dell'adeguata verifica.

In particolare, secondo la raccomandazione numero cinque, "(f)inancial institutions **should undertake customer due diligence measures, including identifying and verifying the identity of their customers, when: - establishing business relations; - carrying out occasional transactions: (i) above the applicable designated threshold; or (ii) that are wire transfers in the circumstances covered by the Interpretative Note to Special Recommendation VII; - there is a suspicion of money laundering or terrorist financing; or the financial institution has doubts about the veracity or adequacy of previously obtained customer identification data.**

The customer due diligence (CDD) measures to be taken are as follows:

- a) *Identifying the customer and verifying that customer's identity using reliable, independent 4 source documents, data or information .*
- b) *Identifying the beneficial owner, and taking reasonable measures to verify the identity of the beneficial owner such that the financial institution is satisfied that it knows who the beneficial owner is. For legal persons and arrangements this should include financial institutions taking reasonable measures to understand the ownership and control structure of the customer.*
- c) *Obtaining information on the purpose and intended nature of the business relationship.*
- d) *Conducting ongoing due diligence on the business relationship and scrutiny of transactions undertaken throughout the course of that relationship to ensure that the transactions being conducted are consistent with the institution's knowledge of the customer, their business and risk profile, including, where necessary, the source of funds".*

Occorre attendere la c.d. "terza direttiva antiriciclaggio" (2005/60/CE) per assistere ad un sostanziale riassetto del quadro normativo in materia, attraverso l'informale recepimento di principi contenuti nelle raccomandazioni GAFI.

Di detto riassetto viene data ampia giustificazione nelle "Premesse" alla direttiva.

In particolare, i punti 9-13 delle "Premesse" sono dedicati al c.d. "titolare effettivo". Ai sensi del punto 9 "(p)ur imponendo un obbligo di identificazione del cliente, la direttiva 91/308/CEE conteneva relativamente poche indicazioni quanto alle procedure da applicare a tal fine. Considerando l'importanza determinante di questo aspetto della prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo, è opportuno introdurre disposizioni più specifiche e dettagliate sull'identificazione e la verifica dell'identità del cliente e dell'eventuale titolare effettivo, in conformità ai nuovi standard internazionali. Di conseguenza è indispensabile una definizione precisa di «titolare effettivo» (...)".

L'art. 3, punto 6, della direttiva introduce, conseguentemente, la seguente definizione di "titolare effettivo": "la persona o le persone fisiche che, in ultima istanza, possiedono o

controllano il cliente e/o la persona fisica per conto delle quali viene realizzata un'operazione o un'attività (...)".

L'art. 8 della direttiva contiene un richiamo, quasi letterale, alla raccomandazione n. 5 del GAFI: "**(g)li obblighi di adeguata verifica della clientela comprendono le attività seguenti:**

a) identificare il cliente e verificarne l'identità sulla base di documenti, dati o informazioni ottenuti da una fonte affidabile e indipendente;

b) se necessario, identificare il titolare effettivo ed adottare misure adeguate e commisurate al rischio per verificarne l'identità, in modo tale che l'ente o la persona soggetti alla presente direttiva siano certi di conoscere chi sia il titolare effettivo, il che implica per le persone giuridiche, i trust ed istituti giuridici simili adottare misure adeguate e commisurate alla situazione di rischio per comprendere la struttura di proprietà e di controllo del cliente;

c) ottenere informazioni sullo scopo e sulla natura prevista del rapporto d'affari;

d) svolgere un controllo costante nel rapporto d'affari, in particolare esercitando un controllo sulle transazioni concluse durante tutta la durata di tale rapporto in modo da assicurare che tali transazioni siano compatibili con la conoscenza che l'ente o la persona in questione hanno del proprio cliente, delle sue attività commerciali e del suo profilo di rischio, avendo riguardo, se necessario, all'origine dei fondi e tenendo aggiornati i documenti, i dati o le informazioni detenute".

L'art. 19 del d.lgs. n. 231/2007, come già ricordato all'inizio dell'intervento, replica le previsioni qui riportate.

2. Ambito soggettivo di applicazione dell'istituto dell'adeguata verifica

L'istituto dell'adeguata verifica prevede, in particolare, una serie di obblighi, di identificazione e valutazione nel continuo, posti in capo ai soggetti esercenti attività bancaria e finanziaria, a taluni altri soggetti ed ai professionisti, che trovano applicazione, non solo (i) nella fase genetica del rapporto, ma anche (ii) nel corso di svolgimento della instaurata relazione d'affari.

In particolare, i soggetti destinatari degli obblighi previsti dal d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231 sono stati individuati dal testo di legge in base a specifiche categorie omogenee negli articoli da 11 a 14 (intermediari finanziari e altri soggetti esercenti attività finanziaria; professionisti; revisori contabili; altri soggetti).

Pertanto, l'art. 27, comma 1, lettera e), del d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141, come modificato dall'art. 14, comma 2, del d.lgs. 14 dicembre 2010, n. 218 e, successivamente, dall'art. 18, comma 1, del d.lgs. 19 settembre 2012, n. 169 ha aggiornato il d.lgs. n. 231/2007 alla luce del nuovo Titolo VI-bis (*Agenti in attività finanziaria e Mediatori creditizi*) del d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385.

A seguito di dette ultime innovazioni, con riguardo ai destinatari degli obblighi (anche) di adeguata verifica, "*(a) i fini del presente decreto, per altri soggetti esercenti attività finanziaria si intendono: a) i promotori finanziari iscritti nell'albo previsto dall'articolo 31 del TUF; b) gli intermediari assicurativi di cui all'articolo 109, comma 2, lettere a) e b) del CAP che operano nei rami di cui al comma 1, lettera g); c) i mediatori creditizi iscritti nell'elenco previsto dall'art. 128-sexies, comma 2, del TUB30; d) gli agenti in attività finanziaria iscritti nell'elenco previsto dall'art. 128-quater, comma 2, del TUB e gli agenti indicati nell'art. 128-quater, commi 6 e 7, del medesimo TUB 31*" (cfr. art. 11, comma 3, del d.lgs. n. 231/2007).

2.1. *Calibratura degli obblighi in relazione alla tipologia dell'attività svolta dall'intermediario*

In via preliminare è opportuno sottolineare che sebbene il d.lgs n. 231/2007, faccia uso del concetto di "*approccio basato sul rischio*" solo con riguardo all'obbligo di adeguata verifica del cliente (cfr. art. 20), il principio del c.d. "*risk based approach*" è elemento centrale della normativa di settore ed è espressione del più generale principio di proporzionalità.

Il GAFI, nella sua *Guidance on the risk-based approach to combating money laundering and terrorist financing - High Level Principles and Procedures* del giugno 2007, contenente, al pari degli altri documenti emanati da tale Consesso, principi generali in materia di prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo, al punto 1.8, sottolinea, in ordine agli aspetti qui di interesse, l'opportunità di esentare gli intermediari dall'osservanza di quei doveri che dovessero risultare eccessivamente onerosi alla luce dei rischi in concreto da esso affrontati. E ciò al fine, anzitutto, di soddisfare il generale principio di economia dei mezzi, siano essi materiali o giuridici, nonché al fine di garantire una migliore allocazione delle risorse nei settori dove si annida una maggiore componente di rischio.

Il punto 1.9 indica, inoltre, come sia opportuno, da parte dei Paesi, predisporre un processo di *risk analysis* al fine di individuare i settori dove il rischio è più elevato. E segnatamente: "(...)(i)nstitutions will need to identify higher risk customers, products and services, including delivery channels, and geographical locations. These are not static assessments (...)".

Il punto 1.11 indica, infine, la necessità di approntare idonee procedure finalizzate alla valutazione e al monitoraggio della rischiosità. E precisamente: "“(p)roportionate procedures should be designed based on assessed risk. Higher risk areas should be subject to enhanced procedures: for the financial services sector, this would include measures such as enhanced customer due diligence checks and enhanced transaction monitoring. It also follows that in instances where risks are low, simplified or reduced controls may be applied”.

Ciò premesso è ora possibile verificare come il principio dell'"*approccio basato sul rischio*" abbia trovato espressione nell'istituto dell'adeguata verifica.

Ai sensi del vigente art. 19 del d.lgs. n. 231/2007, l'adempimento degli obblighi di adeguata verifica della clientela avviene sulla base delle modalità di seguito descritte:

"a) l'identificazione e la verifica dell'identità del cliente e del titolare effettivo è svolta, in presenza del cliente, anche attraverso propri dipendenti o collaboratori, mediante un documento d'identità non scaduto, tra quelli di cui all'allegato tecnico, prima dell'instaurazione del rapporto continuativo o al momento in cui è conferito l'incarico di svolgere una prestazione professionale o dell'esecuzione dell'operazione. Qualora il cliente sia una società o un ente è verificata l'effettiva esistenza del potere di rappresentanza e sono acquisite le informazioni necessarie per individuare e verificare l'identità dei relativi rappresentanti delegati alla firma per l'operazione da svolgere;

b) l'identificazione e la verifica dell'identità del titolare effettivo è effettuata contestualmente all'identificazione del cliente e impone, per le persone giuridiche, i trust e soggetti giuridici analoghi, l'adozione di misure adeguate e commisurate alla situazione di rischio per comprendere la struttura di proprietà e di controllo del cliente. Per identificare e verificare l'identità del titolare effettivo i soggetti destinatari di tale obbligo possono decidere di fare ricorso a pubblici registri, elenchi, atti o documenti conoscibili da chiunque contenenti informazioni sui titolari effettivi, chiedere ai propri clienti i dati pertinenti ovvero ottenere le informazioni in altro modo;

c) il controllo costante nel corso del rapporto continuativo o della prestazione professionale si attua analizzando le transazioni concluse durante tutta la durata di tale rapporto in modo da verificare che tali transazioni siano compatibili con la conoscenza che l'ente o la persona tenuta all'identificazione hanno del proprio cliente, delle sue attività commerciali e del suo profilo di rischio, avendo riguardo, se necessario, all'origine dei fondi e tenendo aggiornati i documenti, i dati o le informazioni detenute".

Peraltro, nell'adempimento degli obblighi di adeguata verifica ed al fine di valutare il rischio di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo, gli enti e le persone in capo ai quali ricadono i suddetti obblighi sono tenuti ad osservare le istruzioni emanate dalle Autorità di vigilanza di settore ed i **criteri generali -soggettivi ed oggettivi- indicati all'art. 20 del d.lgs. n. 231/2007.**

Invero è proprio il richiamato art. 20 ad introdurre nel decreto il principio di "risk based approach"; e ciò in quanto in detta disposizione si precisa che *"(g)li obblighi di adeguata verifica della clientela sono assolti commisurandoli al rischio associato al tipo di cliente, rapporto continuativo, prestazione professionale, operazione, prodotto o transazione di cui trattasi. Gli enti e le persone soggetti al presente decreto devono essere in grado di dimostrare alle autorità competenti di cui all'articolo 7, ovvero agli ordini professionali di cui all'articolo 8, che la portata delle misure adottate è adeguata all'entità del rischio di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo. Per la valutazione del rischio di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo, gli enti e le persone soggetti osservano le istruzioni di cui all'articolo 7, comma 2, nonché i seguenti criteri generali:*

- a) con riferimento al cliente:*
 - 1) natura giuridica;*
 - 2) prevalente attività svolta;*
 - 3) comportamento tenuto al momento del compimento dell'operazione o dell'instaurazione del rapporto continuativo o della prestazione professionale;*
 - 4) area geografica di residenza o sede del cliente o della controparte;*

- b) con riferimento all'operazione, rapporto continuativo o prestazione professionale:*
 - 1) tipologia dell'operazione, rapporto continuativo o prestazione professionale posti in essere;*
 - 2) modalità di svolgimento dell'operazione, rapporto continuativo o prestazione professionale;*
 - 3) ammontare;*
 - 4) frequenza delle operazioni e durata del rapporto continuativo o della prestazione professionale;*
 - 5) ragionevolezza dell'operazione, del rapporto continuativo o della prestazione professionale in rapporto all'attività svolta dal cliente;*
 - 6) area geografica di destinazione del prodotto, oggetto dell'operazione o del rapporto continuativo".*

La centralità dell'"approccio basato sul rischio" è sottolineata anche nel "Provvedimento recante disposizioni attuative in materia di adeguata verifica della clientela, ai sensi dell'art. 7, comma 2, del Decreto Legislativo 21 novembre 2007, n. 231", emanato dalla Banca d'Italia in data 3 aprile 2013.

Il Provvedimento in esame descrive, nella Parte prima, sez. 1, le finalità dell'"approccio basato sul rischio" e procede, nella Parte prima, Sez. 2, ad approfondire gli elementi per la

valutazione del rischio di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo già indicati all'art. 20 del d.lgs. n. 231/2007.

Da ultimo, la lettura del richiamato art. 19 del d.lgs. n. 231/2007 permette di individuare tre "pilastri" del processo di adeguata verifica:

- l'identificazione e la verifica dell'identità del cliente e del titolare effettivo;
- misure specifiche di asseveramento dell'identità del titolare effettivo;
- il controllo costante nel corso del rapporto continuativo o della prestazione professionale.

Preme precisare che l'utilizzo del termine "*processo*" in relazione agli obblighi di adeguata verifica è teso a sottolineare la principale innovazione introdotta nella normativa di settore dalla direttiva 2005/60/CE e dal d.lgs. n. 231/2007 che dà attuazione alla direttiva in parola. L'obbligo dell'adeguata verifica, in particolare, non si esaurisce nella fase genetica del rapporto, della prestazione professionale o della singola operazione rilevante, ma si estende a tutta la durata della relazione e segue l'evoluzione soggettiva del cliente ed oggettiva delle operazioni.

2.2. Contenuti principali dei Provvedimenti del 2 febbraio 2012

In data 3 aprile 2013 la Banca d'Italia ha pubblicato due Provvedimenti e rispettivamente il "*Provvedimento recante disposizioni attuative in materia di adeguata verifica della clientela, ai sensi dell'art. 7, comma 2, del Decreto Legislativo 21 novembre 2007, n. 231*" ed il "*Provvedimento recante disposizioni attuative per la tenuta dell'archivio unico informatico e per le modalità semplificate di registrazione di cui all'articolo 37, commi 7 e 8, del decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231*".

Passando al Provvedimento sull'adeguata verifica è opportuno sottolineare che il Provvedimento medesimo, nella sua configurazione normativa, trova fondamento nell'art. 7, comma 2, del d.lgs. n. 231/2007.

L'articolo in parola stabilisce, infatti, che "*(n)el rispetto delle finalità e nell'ambito dei poteri regolamentari previsti dai rispettivi ordinamenti di settore, le Autorità di vigilanza, d'intesa tra di loro, emanano disposizioni circa le modalità di adempimento degli obblighi di adeguata verifica del cliente, l'organizzazione, la registrazione, le procedure e i controlli interni volti a prevenire l'utilizzo degli intermediari e degli altri soggetti che svolgono attività finanziaria di cui all'articolo 11 e di quelli previsti dall'articolo 13, comma 1, lettera a), a fini di riciclaggio o di finanziamento del terrorismo. Per i soggetti di cui all'articolo 13, comma 1, lettera a), contemporaneamente iscritti al registro dei revisori, tali disposizioni sono emanate dalla CONSOB. Per i soggetti di cui all'articolo 11, comma 2, lettera a), tali disposizioni sono emanate dalla Banca d'Italia*".

A ciò consegue che il di Provvedimento sull'adeguata verifica individua, alla voce "*Destinatari*" tutti i soggetti sottoposti alla vigilanza della Banca d'Italia, ivi compresi i soggetti disciplinati dal nuovo Titolo VI-bis del TUB (Agenti in attività finanziaria e mediatori), ma esclude alcuni dei soggetti indicati agli artt. 11-14 del d.lgs. n. 231/2007 (ad esempio gli intermediari di tipo assicurativo).

Il Provvedimento sull'adeguata verifica contiene approfondimenti con riguardo, tra gli altri, agli elementi per la valutazione del rischio (Parte prima, sez. II), alle misure semplificate e rafforzate di verifica (Parti terza e quarta), all'esecuzione da parte di terzi degli obblighi di adeguata verifica della clientela e ai rapporti e operazioni tra intermediari (Parti quinta e sesta).

2.2.1. Agenti in attività finanziaria e mediatori creditizi

Come noto, il d.lgs. n. 141/2010 ha introdotto il Titolo VI-bis del TUB, e per mezzo di esso un'articolata disciplina degli Agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi.

"È agente in attività finanziaria il soggetto che promuove e conclude contratti relativi alla concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma o alla prestazione di servizi di pagamento, su mandato diretto di intermediari finanziari previsti dal Titolo V, istituti di pagamento o istituti di moneta elettronica (...)" (cfr. art. 128-quater, comma 1, TUB).

"È mediatore creditizio il soggetto che mette in relazione, anche attraverso attività di consulenza, banche o intermediari finanziari previsti dal Titolo V con la potenziale clientela per la concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma (...)" (cfr. art. 128-sexies, comma 1, TUB).

Laddove l'agente in attività finanziaria opera con vincolo di mandato (canale *captive*) mentre il mediatore creditizio opera come canale *indipendente*.

Ai sensi dell'art. 11, comma 5, del d.lgs. n. 231/2007 "(i) soggetti esercenti attività finanziaria di cui al comma 3 (agenti e mediatori), adempiono agli obblighi di registrazione con la comunicazione di cui all'articolo 36, comma 4", vale a dire inoltrando i dati per la registrazione agli intermediari.

Peraltrò, ai sensi dell'art. 15, comma 4 del d.lgs. n. 231/2007, "(g)li agenti di cui all'articolo 11, comma 3, lettera d), [agenti in attività finanziaria] osservano gli obblighi di adeguata verifica della clientela anche per le operazioni di importo inferiore a 15.000 euro".

Dette disposizioni, invero alquanto sintetiche, lasciavano aperti dubbi applicativi.

In particolare:

- i mediatori creditizi non pongono in essere alcuna delle attività indicate dall'art. 15 del d.lgs. n. 231/2007, al cui ricorrere scattano gli obblighi di adeguata verifica, ma sono egualmente tenuti a compiere l'adeguata verifica ed hanno l'obbligo di inviare i dati all'intermediario controparte, ai fini della registrazione;
- gli agenti in attività finanziaria concludono contratti in nome e per conto di un intermediario, il quale pone in essere le attività indicate all'art. 15 del d.lgs. n. 231/2007, ma sono egualmente tenuti ad adempire agli obblighi di adeguata verifica, fatta salva la registrazione presso l'intermediario dei dati;
- ai sensi dell'art. 35 del d.lgs. n. 231/2007, le disposizioni in materia di adeguata verifica da parte di terzi *"non si applica(no) ai rapporti di esternalizzazione o di agenzia nel quadro dei quali il fornitore del servizio esternalizzato o l'agente sono considerati, ai sensi del contratto, parte integrante dell'ente o della persona soggetti al presente decreto."*

Entrambe le categorie di *"intermediari del credito"*, non qualificabili come parte integrante dell'ente o del soggetto controparte, si trovavano di fatto a svolgere un'attività di adeguata verifica pur non essendo la reale controparte del cliente.

Detta ricostruzione trova conforto nel *"Provvedimento recante disposizioni attuative in materia di organizzazione, procedure e controlli interni volti a prevenire l'utilizzo degli intermediari e degli altri soggetti che svolgono attività finanziaria a fini di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo, ai sensi dell'art. 7 comma 2 del Decreto Legislativo 21 novembre 2007, n. 231"*, emanato dalla Banca d'Italia il 10 marzo 2011, ai sensi del quale *"(l)addove i prodotti vengano offerti fuori sede attraverso reti di agenti in attività finanziaria, promotori finanziari o di altri soggetti legati all'intermediario da vincoli contrattuali,*

quest'ultimo deve adottare ogni precauzione necessaria ad assicurare il rispetto delle disposizioni in materia di contrasto al riciclaggio.

A tal fine, l'intermediario preponente ha cura di:

- richiamare nell'ambito dei contratti di collaborazione stipulati con agenti, promotori e soggetti esterni le regole di condotta a fini antiriciclaggio cui gli stessi devono attenersi nell'esercizio dell'attività per conto dell'intermediario medesimo;

- fornire agli addetti alla propria rete di vendita gli strumenti operativi e le procedure, anche informatiche, che li assistano nell'esecuzione di ogni operazione e dei relativi adempimenti a fini antiriciclaggio;

- approntare specifici e periodici programmi di formazione a favore degli addetti alla rete di vendita, affinché abbiano adeguata conoscenza della normativa di riferimento e delle connesse responsabilità e siano in grado di utilizzare consapevolmente strumenti e procedure di ausilio nell'esecuzione degli adempimenti;

- monitorare costantemente il rispetto da parte della rete di vendita delle regole di condotta antiriciclaggio richiamate in sede contrattuale, verificando, in particolare, che gli agenti in attività finanziaria di cui si avvale trasmettano, non oltre il termine di trenta giorni, i dati e le informazioni richieste dall'art. 36, comma 2, del D.Lgs. 231/2007 ai fini della registrazione dell'operazione nel proprio Archivio Unico Informatico;

- effettuare verifiche periodiche presso i punti operativi degli addetti alla rete di vendita.

Nei casi in cui è richiesta una rafforzata verifica della clientela in ragione del più elevato rischio di riciclaggio, l'intermediario deve intervenire a supporto del collaboratore nell'adempimento degli obblighi previsti dall'art. 28 del D.Lgs. 231/2007.

Nel caso di intervento di un mediatore creditizio o altro soggetto non legato all'intermediario da un rapporto di mandato, ferme restando gli obblighi facenti capo in proprio a tali soggetti, l'intermediario non è esonerato dalle responsabilità connesse al rispetto degli obblighi antiriciclaggio. Al fine di evitare ridondanze e reiterazioni di attività già svolte, l'intermediario può avvalersi dei dati e informazioni già raccolti dal mediatore, verificando la correttezza degli adempimenti compiuti per l'identificazione della clientela e controllando che il flusso informativo sia tempestivamente trasmesso ai fini delle registrazioni nell'Archivio Unico Informatico. Qualora l'intermediario accerti gravi inadempimenti o infedeltà da parte del mediatore nell'esecuzione degli obblighi antiriciclaggio interrompe ogni rapporto con il medesimo" (cfr. Capitolo Secondo, sez. IV).

Il Provvedimento sull'adeguata verifica interviene sulla questione all'interno della Parte V, dove si precisa che "(l) l'assolvimento degli obblighi di adeguata verifica della clientela può essere demandato a soggetti terzi, ferma la piena responsabilità in capo al destinatario tenuto all'osservanza di detti obblighi.

Il ricorso ai terzi è consentito per tutte le fasi dell'adeguata verifica, ad eccezione del controllo costante dell'operatività (identificazione del cliente e del titolare effettivo, verifica dei dati relativi ai medesimi, acquisizione di informazioni sullo scopo e la natura del rapporto e delle operazioni occasionali) Ai fini delle presenti istruzioni, rientrano tra i soggetti terzi: (...) b) soggetti che possono effettuare solo l'identificazione del cliente, dell'esecutore e del titolare effettivo e l'acquisizione di copia dei documenti di identità originali:

1) intermediari assicurativi operanti nel ramo vita, mediatori creditizi e agenti richiamati nell'art. 30, comma 7, del decreto antiriciclaggio (...)".

La lettura della previsione qui riportata dà adito ad una riflessione di ordine sistematico: la possibilità, prevista dal Provvedimento sull'adeguata verifica, di avvalersi degli "intermediari del credito" solamente per alcuni degli obblighi, implica che gli agenti in

attività finanziaria ed i mediatori creditizi non sono più tenuti agli obblighi previsti dall'art. 15 del d.lgs. n. 231/2007?

La risposta rinviene dalla Parte VI del Provvedimento sull'adeguata verifica, dove si legge che "3. *Nel caso in cui un destinatario ("controparte") dia mandato a un altro destinatario ("collocatore") di istituire il rapporto o effettuare l'operazione con il cliente investitore (...) la relazione di clientela (costituzione del rapporto o effettuazione dell'operazione) si instaura direttamente tra il destinatario controparte e l'investitore, assumendo il collocatore una mera posizione di intermediazione, al pari dell'intermediario committente sub II. Pertanto, l'adeguata verifica del cliente compete al destinatario controparte. Il collocatore è tenuto all'adeguata verifica con riferimento al rapporto (di collocamento) che instaura con il cliente investitore (...)".*

La disposizione richiamata, sebbene informata sulla disciplina dei rapporti di investimento, pare attagliarsi anche al caso qui in esame.

L'agente in attività finanziaria ed il mediatore creditizio sono dunque tenuti ad adempiere agli obblighi di adeguata verifica previsti dall'art. 15 del d.lgs. n. 231/2007 (**fermo restando l'obbligo di registrazione presso l'intermediario controparte - riaffermato anche dall'art. 6 del Provvedimento AUI**) in relazione all'operazione di "collocamento"; a latere di detti obblighi, anche l'intermediario controparte sarà tenuto ad adempiere agli obblighi di adeguata verifica, nello svolgimento dei quali potrà avvalersi degli "intermediari del credito" limitatamente a "l'identificazione del cliente, dell'esecutore e del titolare effettivo e l'acquisizione e l'invio al destinatario, ai fini della verifica dei relativi dati, di copia dei documenti di identità originali".

2.2.2. L'emissione di assegni circolari

Il Provvedimento sull'adeguata verifica è intervenuto a dirimere una questione che ha sollevato, in passato, problemi applicativi, vale a dire la consegna di assegni circolari da parte di Banche diverse da quella che emette il titolo. Sul punto, la parte VI del Provvedimento dispone che "gli obblighi di adeguata verifica sono assolti dal destinatario che entra in contatto con il cliente e non dal destinatario con il quale intercorre l'operazione occasionale".

Come noto, alcuni Istituti di credito, autorizzati all'emissione di assegni circolari ex art. 49 del d.lgs. n. 385/1993, hanno in essere con plurime Banche convenzioni con le quali si abilitano le medesime ad emettere, in rappresentanza dell'Istituto autorizzato assegni circolari comarchiati Istituto autorizzato - Banca convenzionata.

Dette convenzioni sono state stipulate nel rispetto delle disposizioni contenute nell'art. 85 del r.d. 21 dicembre 1933, n. 1736 e nella Circolare della Banca d'Italia del 21 aprile 1999, n. 229, Titolo V, Capitolo 4, (Istruzioni di Vigilanza per le banche).

Ciò posto, ci si è chiesti quale sia la disciplina applicabile, con riferimento al citato rapporto convenzionale, in materia di adeguata verifica e altresì se sia possibile riconoscere tali obblighi esclusivamente in capo alle Banche convenzionate o, al più, ripartire, fra gli Istituti autorizzati e le Banche convenzionate, gli obblighi previsti dalla normativa antiriciclaggio.

La questione qui prospettata involge profili civilistici e di vigilanza oltre che di prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo.

L'assegno circolare è definito dall'art. 82 del r.d. n. 1736 del 1933 "(...) un titolo di credito all'ordine emesso da un istituto di credito a ciò autorizzato dall'autorità competente,

per somme che siano presso di esso disponibili al momento dell'emissione, e pagabile a vista presso tutti i recapiti comunque indicati dall'emittente".

Ai sensi dell'art. 49, comma 1, del d.lgs. n. 385/1993 "(l)a Banca d'Italia autorizza le banche alla emissione degli assegni circolari nonché di altri assegni a essi assimilabili o equiparabili. Il provvedimento di autorizzazione è pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana".

La procedura autorizzatoria ed i requisiti minimi sono dettagliati nella Circolare della Banca d'Italia n. 229 del 1999. In particolare, ai sensi di tale provvedimento normativo "(p)ossono essere autorizzate all'emissione di assegni circolari le banche in possesso dei seguenti requisiti: — assetti organizzativi e controlli interni in grado di assicurare la regolare gestione dello strumento di pagamento; — patrimonio non inferiore a 25 milioni di euro (...)".

Alla luce degli stringenti requisiti *supra* richiamati ed al fine di permettere l'emissione di assegni circolari ad intermediari che non sarebbero altrimenti autorizzabili, la Banca d'Italia, al Capitolo 4, Paragrafo 3, Sezione II, della citata Circolare, prevede la possibilità di conferire "Mandati di corrispondenza".

Ed invero: "(l)e banche autorizzate possono affidare l'emissione di assegni circolari a banche corrispondenti in qualità di rappresentanti della banca emittente. In tal caso, è rimessa all'autonomia negoziale delle parti la definizione delle modalità di gestione del rapporto fermo restando, ovviamente, il rispetto della disciplina in materia di assegni circolari".

Tale ultima disposizione è, per taluni versi, riproduttiva dell'art. 85 del r.d. 1736 del 1933, a tenore del quale: "(l) istituto può affidare l'emissione di assegni circolari muniti del suo visto ad un banchiere suo corrispondente, il quale deve firmare l'assegno come rappresentante dell'istituto".

Le disposizioni appena richiamate attribuiscono, in modo esplicito, alle banche corrispondenti la qualità di "rappresentanti" dell'intermediario emittente.

Sia la Circolare della Banca d'Italia n. 229 del 21 aprile 1999 (Istruzioni di Vigilanza per le banche), nel Capitolo 4, Paragrafo 3, Sezione II, sia l'art. 85 del r.d. 1736/1933 qualificano espressamente il rapporto fra banca emittente e banca corrispondente in termini di "rappresentanza".

La rappresentanza, come noto, costituisce una forma con cui il rapporto fra due parti viene reso noto ai terzi.

Nella "rappresentanza diretta" un soggetto agisce in nome e per conto di un altro soggetto, ed "(i)l contratto concluso dal rappresentante (...) nei limiti delle facoltà conferitegli, produce direttamente effetto nei confronti del rappresentato" (cfr. art. 1388 c.c.).

Nella "rappresentanza indiretta", così come raffigurato da parte della dottrina, gli effetti del negozio si producono in capo al rappresentante ed occorre, da parte di questi, il compimento di un ulteriore negozio per trasmettere gli effetti al soggetto nel cui interesse l'atto è stato compiuto.

Il potere di rappresentanza, ai sensi dell'art. 1387 c.c., "(...) è conferito dalla legge ovvero dall'interessato". La fonte della rappresentanza può essere, quindi, distinta fra "legale" e "volontaria". La rappresentanza legale, in particolare, possiede connotati pubblicistici altrimenti assenti nella rappresentanza su base volontaria, trattandosi di istituto posto a tutela di interessi generali e superindividuali.

A latere delle figure afferenti alla rappresentanza legale classica, alcuni Autori annoverano il c.d. "ufficio privato". Esso consiste nell'esplicare, in nome proprio, un'attività nell'interesse altrui in obbedienza di un dovere ed in forza di un potere concesso dalla legge.

L'individuazione della forma di "*rappresentanza*" che caratterizza il rapporto in essere tra l'Istituto autorizzato e le Banche convenzionate appare essenziale ai fini della individuazione:

a) del soggetto destinatario degli effetti civilistici che discendono dall'emissione e dalle vicende successive legate al titolo;

b) del destinatario degli obblighi di adeguata verifica della clientela.

Ove la rappresentanza sia qualificata come "*diretta*" la Banca convenzionata, nel collocare presso la clientela gli assegni emessi dall'Istituto autorizzato, opererebbe in nome e per conto di quest'ultima.

In virtù di tali poteri, gli effetti civilistici degli atti posti in essere dalla Banca convenzionata ricadrebbero automaticamente nella sfera giuridica del rappresentato.

L'ipotesi della sussistenza, nella fattispecie in esame, di una forma di rappresentanza diretta è confortata, sul piano civilistico, da talune pronunce giurisprudenziali che riconoscono nell'istituto di emissione (Istituto autorizzato) l'unico legittimato, quale debitore, ad opporsi all'ammortamento dei titoli, posto che l'emissione è disposta in nome e per conto dell'emittente.

Di qui l'obbligo in capo all'emittente (Istituto autorizzato) degli adempimenti in materia di prevenzione e contrasto del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo ove si ritenesse, *tout court*, che il rapporto esistente tra l'Istituto autorizzato e Banca convenzionata possa consentire a quest'ultima, anche sul piano della disciplina antiriciclaggio, la spendita del nome dell'Istituto autorizzato e l'imputazione diretta a detto Istituto degli effetti del proprio operato.

Tale modalità di esercizio del potere di spendita del nome e di diretta imputazione degli effetti, tuttavia, mentre può dirsi sussistente in ordine ai profili civilistici correlati all'emissione, non sembra viceversa immediatamente potersi riscontrare con riguardo ad ogni altra attività svolta dalla Banca convenzionata, sebbene correlata all'emissione.

La spendita del nome dell'Istituto autorizzato e l'imputazione degli effetti civilistici dell'emissione, invero, trovano riscontro, oltre che nell'art. 85 del r.d. 21.12.1933, n. 1736, anche nella Circolare della Banca d'Italia n. 229 del 21 aprile 1999 (Istruzioni di Vigilanza per le banche).

Ferma la ricostruzione del rapporto tra l'Istituto autorizzato e Banche convenzionate in termini di "*rappresentanza diretta*", almeno per quel che concerne i profili civilistici dell'emissione, appare possibile ricostruire, alla luce della nozione di "*operazione*" contenuta nel d.lgs. n. 231 del 2007, una diversa imputazione degli effetti amministrativi antiriciclaggio discendenti dall'emissione dell'assegno circolare.

Avuto riguardo all'attività di emissione di assegni circolari in convenzione, l'attività di trasmissione e movimentazione dell'assegno circolare, quale mezzo di pagamento, appare svolta interamente dalle Banche convenzionate, limitandosi l'Istituto autorizzato alla fornitura dei moduli in bianco degli assegni.

Nell'ipotesi qui esaminata, quindi, ai sensi del d.lgs. n. 231/2007, l'intermediario che pone in essere le operazioni, che è poi il soggetto in capo al quale incombono *ex lege* gli obblighi di adeguata verifica, appare essere la Banca convenzionata e non già l'Istituto autorizzato.

Una siffatta ricostruzione assegnerebbe *in toto* alla Banca convenzionata l'obbligo di adempire agli obblighi di adeguata verifica, lasciando impregiudicata, in capo all'Istituto autorizzato, l'imputazione degli effetti civilistici dell'emissione.

Tale conclusione non sembra, d'altra parte, subire modifiche anche alla luce della previsione, contenuta nell'art. 15, comma 3, a tenore della quale "*(g)li obblighi di adeguata verifica della clientela sono osservati altresì nei casi in cui le banche (...) agiscano da tramite*

o siano comunque parte nel trasferimento di denaro contante o titoli al portatore, in euro o valuta estera, effettuato a qualsiasi titolo tra soggetti diversi, di importo complessivamente pari o superiore a 15.000,00 euro".

Nella fattispecie in discussione, invero, tra l'Istituto autorizzato e la Banca convenzionata:

a) non vi è alcun "*trasferimento*", quanto meno nella fase dell'emissione, attenendo esso alla fase di circolazione del titolo; fase, questa, successiva all'emissione. L'emissione e la circolazione, d'altra parte, trovano una distinta disciplina, in tema di assegno bancario, rispettivamente nel Capo I e II del r.d. n. 1736 del 1933; la medesima distinta disciplina è data, inoltre, riscontrarla in materia di assegno circolare e segnatamente negli articoli 82 e 83, per quel che concerne l'emissione, e negli articoli 15-25 relativi alla girata contenuti nelle disposizioni della cambiale (r.d. n. 1669 del 1933);

b) un rapporto di "circolazione" potrebbe al più instaurarsi solo laddove, la Banca convenzionata negozi assegni circolari del medesimo Istituto autorizzato anche emessi da altre Banche convenzionate; ma, in tale ipotesi, trovandosi fuori dal rapporto di emissione, la BCC compie le relative negoziazioni in nome proprio al pari di qualunque altra istituzione bancaria.

Va evidenziato, d'altro canto, come il patrimonio informativo sulla clientela richiedente l'emissione degli assegni circolari sia, di solito, totalmente in possesso delle Banche convenzionate.

Se allora, come visto, la normativa antiriciclaggio evidenzia, quale principio essenziale della stessa così come delle raccomandazioni internazionali, l'approccio basato sul rischio (*risk based approach*), avente ad oggetto la ponderazione di elementi sia soggettivi che oggettivi nell'analisi del rischio di riciclaggio (cfr. art. 20, comma 2, lettera a) del d.lgs. n. 231/2007), è indubbio che tali profili siano conosciuti e, altresì, meglio conoscibili dall'intermediario, il quale, in virtù di preesistenti rapporti e di una costante relazione di servizio, si trovi in contatto con il cliente.

Ove, di converso, si accedesse all'ipotesi di un rapporto di "*rappresentanza indiretta*" le Banche convenzionate e, stante anche la lettera non particolarmente perspicua della disposizione di cui all'art. 29 del d.lgs. n. 231/2007, potrebbero svolgere le attività di adeguata verifica in nome proprio ma per conto dell'Istituto autorizzato.

L'art. 29 del d.lgs. 231/2007 prevede, infatti, la possibilità di affidare a terzi l'esecuzione di parte della verifica. Esso dispone, in particolare, che, "(a)l fine di evitare il ripetersi delle procedure di adeguata verifica della clientela di cui all'articolo 18, comma 1, lettera a), b) e c), gli enti e le persone soggetti al presente decreto possono fare affidamento sull'assolvimento degli obblighi di adeguata verifica della clientela effettuato da terzi. Responsabili finali dell'assolvimento di tali obblighi continuano a essere gli enti e le persone soggetti al presente decreto che ricorrono a terzi".

Di qui, anzitutto, la previsione di un obbligo di adempimento in capo all'"*affidatario*" e la possibilità da parte di questi, per un principio di economia dei mezzi giuridici, di affidamento a terzi dell'attività di adeguata verifica.

Obbligato, quindi, in tale quadro, sarebbe l'Istituto autorizzato, il quale, in virtù di una specifica disposizione normativa, si avvarrebbe di altro soggetto, con esso convenzionato, per lo svolgimento delle attività di adeguata verifica. E tale soggetto, in ragione del patrimonio informativo di cui dispone, svolgerebbe tale compito in nome proprio, stanti le responsabilità civili, amministrative e penali correlate all'attività di prevenzione e contrasto del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo, ma pur tuttavia per conto del soggetto obbligato.

Sembrerebbe dunque possibile, alla luce del disposto di cui all'art. 29 del d.lgs. n. 231 del 2007, immaginare un quadro convenzionale fra l'Istituto autorizzato e Banche convenzionate.

All'interno di detto quadro, l'Istituto autorizzato potrebbe affidare l'esercizio delle procedure di adeguata verifica di cui all'articolo 18, comma 1, lettera a), b) e c) del d.lgs. 231/2007 alla Banca convenzionata. Rimarrebbe, naturalmente, di competenza dell'Istituto autorizzato quanto previsto dall' articolo 18, comma 1, lettera d), cioè lo svolgimento del *"controllo costante nel corso del rapporto continuativo o della prestazione professionale"*.

La responsabilità finale dell'assolvimento degli obblighi di adeguata verifica rimarrebbe in capo all'Istituto autorizzato; e ciò in ragione dell'espressa previsione contenuta nell'art. 29 del d.lgs. n. 231/2007, secondo cui *"(...) responsabili finali dell'assolvimento di tali obblighi continuano a essere gli enti e le persone soggetti al presente decreto che ricorrono a terzi"*.

Il Provvedimento sull'adeguata verifica fornisce un quadro organico della disciplina secondaria, trattando, nell'ambito della Parte Sesta, Sezione II, i *"rapporti di clientela con destinatari intermediati da altri destinatari (...) (come, ad esempio, per lo svolgimento dei Servizi di investimento e di gestione collettiva per conto dei clienti)"*.

La Sezione II - che per espressa previsione trova applicazione in via generale *"(n)ei casi in cui il rapporto del destinatario è intermediato da altri destinatari (...)"* - sembra fornire indicazioni ai fini di una possibile definizione dei rapporti esistenti tra l'Istituto autorizzato e le Banche convenzionate.

Nel Provvedimento si precisa che *"(l) 'intermediario ("committente"), nei rapporti con un altro destinatario delle presenti disposizioni ("controparte"), può agire su mandato e nell'interesse di propri clienti, richiedendo l'effettuazione di un'operazione per loro conto"* (cfr. Sezione II, punto 2).

La Banca convenzionata, nell'operatività qui in esame, colloca, su richiesta dei propri clienti, assegni circolari emessi dall'Istituto autorizzato; emissione, questa, materialmente curata dalla Banca convenzionata, che utilizza i moduli in bianco di cui dispone.

Di qui la qualificazione della Banca convenzionata, secondo il Provvedimento, come *"committente"*, posto che, *"su mandato e nell'interesse di propri clienti"*, richiede all'Istituto autorizzato (*"controparte"*) l'emissione dell'assegno circolare.

In tali casi (prosegue il Provvedimento):

a) *"l'investitore (rectius: il cliente richiedente l'emissione dell'assegno circolare) istituisce una relazione di clientela con l'intermediario committente (per la costituzione del rapporto o l'effettuazione dell'operazione);"*

b) l'intermediario committente (*id est: la Banca convenzionata*), *"con riguardo a tale relazione (...) provvede a effettuare l'adeguata verifica del cliente secondo le disposizioni applicabili"* (cfr. Sezione II, punto 2.1.).

"Per quanto concerne il destinatario controparte (i.e. l'Istituto autorizzato), risulta pregiudiziale stabilire, al fine di definire il regime applicabile, il ruolo e la posizione dell'intermediario committente che agisce per conto del proprio cliente" (cfr. Sezione II, punto 2.2.).

Ove *"l'intermediario committente agisce in nome del cliente, assumendo la posizione di mera intermediazione nel rapporto tra il proprio cliente e l'altro destinatario (...)"*, la *"relazione si instaura direttamente tra investitore, in qualità di cliente, e il destinatario controparte"* [cfr. Sezione II, punto 2.2. - II)].

Orbene, in tale ipotesi, il destinatario controparte è tenuto ad adempiere agli obblighi di adeguata verifica ordinaria solo *"nel caso di costituzione di un rapporto continuativo o di esecuzione di un'operazione riconducibile a un rapporto continuativo instaurato"* con se stesso; viceversa, in assenza della costituzione di un rapporto continuativo o della riconduzione dell'operazione ad un rapporto continuativo instaurato, l'adempimento degli obblighi di

adeguata verifica ricade, in quanto operazione occasionale, in capo al *"destinatario che entra in contatto con il cliente (rectius: intermediario committente) e non dal destinatario con il quale intercorre l'operazione occasionale"*.

In questa ipotesi, come è dato ricavare dalla nota 16 di pagina 34 del Provvedimento, è ricompresa anche la *"consegna di assegni circolari da parte di banche diverse da quella che emette il titolo"*.

Verrebbe esclusa, seguendo tale sussunzione, l'esistenza dell'obbligo di adeguata verifica in capo all'Istituto autorizzato, riconoscendosi, per contro, l'esistenza di tale obbligo in capo alle Banche convenzionate; e ciò nel presupposto della insussistenza di un rapporto continuativo tra l'Istituto autorizzato ed i clienti delle Banche convenzionate (o, anche, della insussistenza della esecuzione di una operazione riconducibile ad un rapporto continuativo tra questi ultimi), ma, viceversa, della sussistenza di un rapporto occasionale tra il cliente della Banca convenzionata e l'Istituto autorizzato.

La sussunzione della *"consegna di assegni circolari da parte di banche diverse da quella che emette il titolo"* nell'ipotesi richiamata nel testo trae origine dall'estensione alla materia dell'emissione degli assegni circolari in convenzione di una disciplina concepita per i *"servizi di investimento e di gestione collettiva per conto dei clienti"*. Si tratta, peraltro, di attività tra loro diverse, l'una (quella dell'emissione di assegni) intercorrente tra banche, tra le quali intercorre una relazione di servizio nell'interesse precipuo dell'emittente, l'altra tra intermediari abilitati alla prestazione di servizi di investimento e clienti, questi ultimi solitamente diversi dagli intermediari. Va segnalato, altresì, che, mentre il primo rapporto instaura una relazione diretta e immediata tra intermediari, al fine di rendere disponibile un successivo servizio a terzi, il secondo, al contrario, instaura una relazione diretta e immediata tra un intermediario ed un terzo, al fine di fornire un servizio a quest'ultimo, e solo eventualmente determina un rapporto con altri intermediari. Per cui ciò che appare applicabile a tali ultimi rapporti, che si svolgono tra intermediari e clienti, risulta applicabile con qualche fatica agli altri, essenzialmente intercorrenti tra banche.

2.2.3. Operazioni di credito su pegno

Da ultimo, va sottolineato che i Provvedimenti in materia di adeguata verifica e di AUI non introducono innovazioni nella definizione di *"rapporto continuativo"*, alla cui instaurazione, come si ricorderà, si ricollega l'obbligo di adeguata verifica.

Sul punto sarebbe stata forse opportuna una maggiore incisività ed attenzione ad operatività, che sebbene definibili *"di nicchia"*, sono interessate dalla definizione qui richiamata. In particolare, il riferimento è alle operazioni di credito su pegno.

In via preliminare si osserva che il Provvedimento in materia di adeguata verifica non contiene una autonoma definizione di *"rapporti continuativi"*, bensì opera un richiamo alle definizioni contenute nel Provvedimento sull'AUI.

Dalla qualificazione delle operazioni di *"sottoscrizione di polizze di pegno"* come *"altri rapporti continuativi"* ai sensi dell'art. 3 del Provvedimento AUI discendono peculiari e distinti adempimenti in materia di adeguata verifica, e segnatamente, *infra omnes* l'obbligo di operare un controllo costante nel corso del rapporto continuativo (cfr. Parte II, sez. VII, Provvedimento sull'adeguata verifica).

La definizione di rapporto continuativo è contenuta nell' art. 1 del d.lgs. n. 231/2007: *"s) «rapporto continuativo»: rapporto di durata rientrante nell'esercizio dell'attività di istituto dei*

soggetti indicati all'articolo 11 che dia luogo a più operazioni di versamento, prelievo o trasferimento di mezzi di pagamento e che non si esaurisce in una sola operazione".

La relazione tra intermediario e cliente può essere, quindi, di durata, vale a dire continuativa, od occasionale.

Dal combinato disposto delle nozioni di "*rappporto continuativo*" e di "*operazione occasionale*" sembra potersi individuare l'elemento di discriminazione tra le due relazioni.

La nozione di rapporto continuativo attiene, invero, alla (ancorché solo) potenziale stabilità della relazione che s'instaura tra il cliente e l'intermediario.

La nozione di rapporto occasionale, implica, per contro, l'instaurarsi di una relazione priva dell'attitudine (ancorché solo) potenziale alla stabilità.

Il termine stabilità, in tale contesto, evoca l'esigenza di instaurazione di un rapporto dal quale possa discendere una relazione operativa; relazione, questa, che normalmente si snoda in un arco temporale duraturo. L'elemento temporale della relazione, quindi, si qualifica per la possibilità di porre in essere, in ragione del rapporto contrattuale sottostante ed in una logica di continuità del medesimo, più operazioni tra loro autonome; di tale ampiezza temporale e di tale continuità operativa, per contrapposizione, non si ha riscontro nella relazione occasionale, la quale, pur avendo origine da un accordo, si esaurisce nella esecuzione, anorché articolata, di una sola operazione.

Ed invero, l'operazione occasionale potrà anche articolarsi in più operazioni; esse, tuttavia, dovranno essere tra loro legate da un vincolo di unitarietà.

L'unitarietà dell'operazione, indipendentemente dalla circostanza che essa si articoli o meno in più operazioni, quindi, finisce per costituire, dai dati normativi esistenti, l'elemento di distinzione tra il rapporto duraturo e quello occasionale.

La lettura congiunta ed in chiave sistematica delle definizioni di seguito riportate sembrano confermare tale assunto:

- a) operazione occasionale, consistente, ex art. 15, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 231/2007, nell'operazione che "*comporti (...) la trasmissione o la movimentazione di mezzi di pagamento di importo pari o superiore a 15.000 euro, indipendentemente dal fatto che siano effettuate con una operazione unica o con più operazioni che appaiono collegate o frazionate*";
- b) "*operazione frazionata*": un'operazione, ex art. 1, comma 2, lettera m), del d.lgs. n. 231/2007, "*unitaria sotto il profilo economico, di valore pari o superiore ai limiti stabiliti dal presente decreto, posta 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*";

La precisazione, contenuta nella nozione di "*occasionalità*", della inclusione in tale ambito classificatorio dell'operatività caratterizzata da unitarietà economica, e finanche da mero "*collegamento*", funge da contrappeso alla regola ricavabile dalla mera lettera della legge, determinandone altresì il canone ermeneutico, del rilievo, ai fini della distinzione tra relazione durevole ed occasionale, del solo dato numerico delle operazioni poste in essere.

Quando, invero, si precisa che l'operazione superiore a 15.000 euro è comunque da qualificarsi come occasionale, anche laddove, nel suo ambito, si pongono in essere più operazioni "*collegate*" o caratterizzate da "*unitarietà economica*", si riconosce, *a contrario*, che l'operazione medesima, ove fosse di importo inferiore a quella soglia e si articolasse in più operazioni tra loro "*collegate*" o da caratterizzate da "*unitarietà economica*", va qualificata come "*occasionale*".

La pluralità di operazioni, quindi, ove in essa sia possibile scorgere un'unitarietà economico-funzionale o anche un legame di mero "collegamento", non dovrebbe condurre, sul piano della classificazione, all'inquadramento del rapporto come continuativo.

L'operazione di credito su pegno è dunque classificabile come occasionale o come continuativa?

Va, ai fini che qui rilevano, tenuto presente, anzitutto, che ai sensi dell'articolo 3, comma 2, lettera c), del Provvedimento della Banca d'Italia del 3.4.2013 (*Provvedimento recante disposizioni attuative per la tenuta dell'archivio unico informatico e per le modalità semplificate di registrazione di cui all'articolo 37, commi 7 e 8, del Decreto Legislativo 21 novembre 2007, n. 231*), l'espressione "altri rapporti continuativi" va riferita alla "sottoscrizione di polizze di pegno".

La legge n. 745 del 1938, all'art. 10, precisa che le operazioni di prestito su pegno debbono essere "effettuate mediante rilascio, al prestatario, di una polizza (...); essa "anche se contenga l'indicazione del nome è al portatore (...)".

Dispone, inoltre, il successivo art. 13 che la "durata dei prestiti su pegno non può essere minore di tre mesi né maggiore di un anno. Le cose costituite in pegno non riscattate o rinnovate entro trenta giorni dalla scadenza del mutuo, sono vendute all'asta pubblica secondo le norme di cui all'art. 35".

La disciplina del credito su pegno trova completamento nel r.d. n. 1279 del 1939, in cui, all'art. 41, è previsto che i "prestiti su pegno possono essere estinti in qualunque tempo prima della scadenza col conseguente riscatto e ritiro delle cose costituite in pegno. Il monte può consentire alla scadenza del prestito la rinnovazione totale o parziale di esso, previo pagamento degli interessi e, in quanto dovuti, degli accessori, subordinatamente però a nuova stima delle cose date in pegno".

L'operazione di credito su pegno, nello schema legislativo appena richiamato, dovrebbe esaurirsi e concludersi, salvo eccezioni, con la emissione di una sola polizza di credito; lo schema negoziale, peraltro, pur senza alcuna modifica dei beni oggetto dell'operazione, ne prevede la rinnovazione, consentendo, in potenza, la configurazione di una relazione di durata.

L'operazione, cioè, nasce per esaurirsi in una sola operazione di credito su pegno, formalmente quindi come occasionale, ma con l'attitudine, normativamente consentita, a divenire di "durata", per via della mera possibilità di compiere una pluralità di operazioni della stessa specie.

Tale attitudine a divenire di "durata", tuttavia, non deve indurre a qualificare l'operazione di credito su pegno come rapporto continuativo.

Se, come sopra precisato, l'elemento di discriminare sembra essere rappresentato dalla sussistenza o meno, nell'insieme delle operazioni, dell'unitarietà economico-funzionale o, anche, del mero collegamento, dovrebbe pervenirsi alla conclusione di riconoscere alla fattispecie del credito su pegno il carattere dell'occasionalità anche nell'ipotesi in cui la polizza venga rinnovata.

L'elemento della "durata" finisce, non già per identificare un rapporto continuativo, bensì per evidenziare che esso, articolandosi in più operazioni, è destinato, come anche risulta dalla prassi applicativa, a durare nel tempo.

Orbene, alla luce di quanto fin qui argomentato, l'operazione di credito su pegno semplice sembra potersi qualificare come occasionale.

A tale conclusione di occasionalità dovrebbe pervenirsi, sempre alla luce delle argomentazioni fin qui illustrate, anche laddove si verifichi, come accade frequentemente, il

rinnovo dell'operazione; e ciò in quanto sembra potersi rinvenire nella pluralità di operazioni poste in essere, secondo quanto richiesto dal disposto dell'art. 15, comma 1, lettera b), quell'unitarietà economico-funzionale, rappresentata, appunto, dall'obiettivo di soddisfare, attraverso uno o più rinnovi, quell'esigenza creditizia sottesa all'operazione di credito su pegno.

Il fine ultimo del percipiente è, comunque, quello di ottenere l'erogazione richiesta, volta a soddisfare il proprio fabbisogno finanziario; e tale obiettivo, si ritiene, che non muti anche in presenza del c.d. "rinnovo" della polizza.

3. Prospettive future

In conclusione del mio intervento vorrei sviluppare una riflessione sull'adeguatezza dell'assetto attuale del processo di adeguata verifica: possiamo ritenerci soddisfatti della normativa sviluppata fino ad oggi? Possiamo ritenerla adeguata alle sfide transnazionali del riciclaggio e del terrorismo? E' adeguata allo sviluppo del mercato interno dell'Unione Europea, alla liberalizzazione dei flussi di capitali?

La risposta è sì, seppure con la necessità di taluni aggiustamenti.

Se l'assetto dell'adeguata verifica, basato sui tre pilastri (identificazione e registrazione, titolarità effettiva e controllo continuativo) si è mostrato coerente con le finalità di vigilanza ed ha permesso ai soggetti destinatari una efficace collaborazione attiva, va riconosciuto che sia il GAFI sia il legislatore europeo hanno riconosciuto la necessità di rafforzare alcuni aspetti.

In particolare, le "40 raccomandazioni" del GAFI, come riviste nel febbraio 2012 sottolineano la necessità di acquisire informazioni sul titolare effettivo del rapporto, dedicando alla materia le raccomandazioni n. 24 e 25.

Con particolare riguardo alla raccomandazione n. 24, si consiglia che "(...) (c) countries should ensure that there is adequate, accurate and timely information on the beneficial ownership and control of legal persons that can be obtained or accessed in a timely fashion by competent authorities. In particular, countries that have legal persons that are able to issue bearer shares or bearer share warrants, or which allow nominee shareholders or nominee directors, should take effective measures to ensure that they are not misused for money laundering or terrorist financing", sottolineando di fatto, la problematica della possibile "schermatura" del titolare effettivo, ove concesso dalla normativa interna dei Paesi.

La bozza della c.d. "quarta direttiva antiriciclaggio" UE, approvata lo scorso 5 febbraio interviene ampiamente sul medesimo punto.

Invero "la direttiva riveduta propone nuove misure allo scopo di conferire maggiore chiarezza e accessibilità alle informazioni sulla titolarità effettiva. Prescrive alle persone giuridiche di acquisire informazioni sui propri titolari effettivi. Tali informazioni dovrebbero essere rese disponibili alle autorità competenti e agli enti obbligati. Per quanto concerne gli istituti giuridici, i fiduciari sono tenuti a dichiarare il loro stato quando diventano clienti e, analogamente, le informazioni sulla titolarità effettiva devono essere messe a disposizione delle autorità competenti e degli enti obbligati" (cfr. "Illustrazione dettagliata della proposta").

La direttiva propone di individuare inoltre delle presunzioni di titolarità effettiva, così dettagliate nelle "definizioni": "titolare effettivo": la persona o le persone fisiche che, in ultima istanza, possiedono o controllano il cliente e/o la persona fisica per conto della quale è realizzata un'operazione o un'attività. Il titolare effettivo comprende almeno:

(a) in caso di società:

(i) la persona fisica o le persone fisiche che, in ultima istanza, possiedono o controllano l'entità giuridica, attraverso la proprietà o il controllo, diretti o indiretti, di una percentuale sufficiente delle partecipazioni al capitale sociale o dei diritti di voto, anche tramite azioni al portatore, purché non si tratti di una società ammessa alla quotazione su un mercato regolamentato e sottoposta a obblighi di comunicazione conformemente alla normativa dell'Unione europea o a standard internazionali equivalenti.

Una percentuale del 25% più uno di partecipazione al capitale sociale costituisce prova di proprietà o controllo mediante partecipazione al capitale sociale e si applica a tutti i livelli di proprietà diretta e indiretta;

(ii) in caso di dubbio circa il fatto che la persona o le persone individuate al punto (i) sia o siano il beneficiario o i beneficiari effettivi, la persona fisica o le persone fisiche che esercitano in altro modo il controllo sulla gestione dell'entità giuridica;

(b) in caso di entità giuridiche quali le fondazioni e di istituti giuridici quali i trust, che amministrano e distribuiscono fondi:

i) la persona fisica o le persone fisiche che esercitano il controllo sul 25% o più del patrimonio dell'entità giuridica o dell'istituto giuridico;

ii) se i futuri beneficiari sono già stati determinati, la persona fisica o le persone fisiche beneficiarie del 25% o più del patrimonio dell'entità giuridica o dell'istituto giuridico;

iii) se le persone che beneficiano dell'entità giuridica o dell'istituto giuridico non sono ancora state determinate, la categoria di persone nel cui interesse principale è istituito o agisce l'entità giuridica o l'istituto giuridico. Per i beneficiari di trust designati per caratteristica o per classe, gli enti obbligati acquisiscono informazioni sufficienti sul beneficiario da essere sicuri di poterne stabilire l'identità al momento del pagamento o nel momento in cui egli intende esercitare i diritti conferitigli".