

Thema

L'ATTIVITÀ DELL'AVVOCATO E LA LRD



Pietro Crespi Dr. iur., LL.M., avvocato e notaio a Bellinzona, docente incaricato all'Università di Lucerna¹

Parole chiave: riciclaggio di denaro, avvocatura, notariato, LRD

Di massima la LRD è rilevante solo per gli avvocati che svolgono attività di intermediazione finanziaria ai sensi dell'[art. 2 cpv. 3 LRD](#) e che come tali sono quindi affiliati a un OAD. Tuttavia il discrimine fra tale attività e quella cosiddetta tipica dell'avvocato può essere sottile. Ciò è ad esempio il caso per le attività di escrow agent all'interno di un rapporto contrattuale fra due clienti oppure per mandati assunti al termine di un'esecuzione testamentaria. Pure particolare attenzione deve essere posta all'utilizzo dei conti bancari aperti con formulario R.

I. Rilievi introduttivi

Nei ben più di vent'anni dall'entrata in vigore della LRD, l'apparato legislativo svizzero per la lotta al riciclaggio è stato modificato a più riprese, sempre con lo scopo di migliorarne l'efficacia e di rispondere sia alle nuove esigenze emerse di volta in volta (si pensi in particolare a quella della lotta al terrorismo), sia alla continua evoluzione della società e del contesto economico a livello nazionale e internazionale. Parimenti evoluto è pure il contesto in cui è sovente chiamato ad operare l'avvocato. E questo non solo (e non tanto) per l'introduzione, pure avvenuta nel frattempo, di una legge federale che ne disciplina l'attività (LLCA), quanto piuttosto per un continuo aumento sia della densità normativa, sia della complessità e interconnessione delle differenti norme da rispettare (anche a livello internazionale).

Analogamente al contributo in lingua tedesca recentemente pubblicato su questa rivista dall'avv. Martin Kern², pur ovviamente con un focus differente, il presente articolo intende ricordare brevemente gli elementi cardine rilevanti per l'attività di avvocato (II.), affrontando in seguito alcune tematiche specifiche di particolare interesse e rilevanza (III.). Nella scelta di questi temi si sono tralasciate le attività, in genere svolte anche da avvocati, che configurano chiaramente intermediazione finanziaria, come ad esempio l'esercizio della funzione di organo di una società di sede, l'assunzione di poteri di rappresentanza su relazioni bancarie di clienti, ecc. Ci si chinerà invece su tematiche per così dire «di confine», ossia su attività che, se svolte da avvocati, possono a seconda dei casi costituire (o non costituire) attività di intermediazione finanziaria ai sensi della LRD. E questo al fine di rammentare i criteri rilevanti per queste distinzioni, tanto importanti per un esercizio della professione di avvocato corretto e conforme alle disposizioni vigenti. Nel far questo, considerato come in entrambi i cantoni di lingua italiana accanto a quella di avvocato viene sovente esercitata anche l'attività del notaio, si integreranno specifici rilievi su talune questioni di peculiare interesse per questa professione.

II. L'apparato legislativo per la lotta al riciclaggio in Svizzera

Das Dokument "L'attività dell'avvocato e la LRD" wurde von Patric Nessier, Schweizerischer Anwaltsverband, Bern am 26.08.2022 auf der Website anwaltsrevue.recht.ch erstellt. | © Staempfli Verlag AG, Bern - 2022

Come noto in Svizzera la lotta al riciclaggio si fonda sia su disposizioni di natura penale (in particolare gli articoli 305^{bis} e 305^{ter} CP, cui si aggiungono per determinati aspetti l'art. 260^{ter} e l'art. 260^{quinquies}-cpv. 1 CP), sia su specifiche disposizioni di natura amministrativa (in particolare la LRD e le ordinanze ad essa connesse), alle quali si sono aggiunte negli ultimi anni anche puntuali disposizioni di diritto civile (art. 697j ss. CO). Non pone ovviamente conto di esaminare nel dettaglio tutte queste disposizioni, per le quali si rinvia all'ampia dottrina esistente in materia.³ Al contrario nel seguito si formulerà solo qualche puntuale rilievo sulla struttura e sul campo di applicazione delle principali disposizioni penali e amministrative, così da disporre degli elementi necessari a correttamente inquadrare in un contesto generale le puntuali tematiche che saranno oggetto del capitolo seguente (III.).

1. Le due fondamentali disposizioni penali

A) L'art. 305^{bis}CP quale norma di carattere generale

Giusta l'art. 305^{bis}CP, «Chiunque compie un atto suscettibile di vanificare l'accertamento dell'origine, il ritrovamento o la confisca di valori patrimoniali sapendo o dovendo presumere che provengono da un crimine o da un delitto fiscale qualificato, è punito con una pena detentiva sino a tre anni o con una pena pecuniaria.» Si tratta quindi di una norma penale di carattere generale, applicabile senza ulteriori condizioni a tutti, avvocati (e notai) compresi.⁴ Si tratta di una constatazione invero scontata, che però è utile richiamare in questa sede, già che non di rado nelle discussioni in occasione delle molteplici revisioni della LRD è capitato di sentire che gli avvocati non sarebbero soggetti ad alcuna normativa.

Nel corso degli anni, il reato di riciclaggio di denaro ha subito una notevole evoluzione ed un notevole ampliamento. Ciò è da ricondurre sostanzialmente alle modifiche introdotte per combattere il terrorismo da un lato e l'evasione fiscale dall'altro. In particolare l'aggiunta di quest'ultima finalità, inizialmente non contemplata nella fattispecie, ha provocato una vera e propria trasformazione sostanziale della norma ed una notevole crescita della sua portata e rilevanza. Tecnicamente ciò è avvenuto con l'aggiunta del *delitto fiscale qualificato* ai sensi dell'art. 305^{bis} cpv. 1^{bis} quale nuovo reato a monte.⁵

B) L'art. 305^{ter}CP quale disposizione riguardante una cerchia limitata di persone

Contrariamente all'art. 305^{bis}CP, l'art. 305^{ter}CP non riguarda il riciclaggio di denaro in quanto tale. Si tratta per contro di una norma di diritto penale amministrativo, finalizzata a porre le condizioni per realizzare uno dei principi fondamentali del diritto finanziario, ossia quello del *know your customer*.⁶ Quale vero reato speciale («*echtes Sonderdelikt*») questa norma trova applicazione per un numero limitato di persone e segnatamente solo per chi «*a titolo professionale, accetta, prende in custodia, aiuta a collocare o a trasferire valori patrimoniali altrui*». All'interno di questa cerchia di persone viene punito penalmente chi svolge dette attività «*senza accertarsi, con la diligenza richiesta dalle circostanze, dell'identità dell'avente economicamente diritto*». Si tratta quindi di una norma di tutela astratta del bene giuridico e il reato viene commesso indipendentemente dal fatto che il bene patrimoniale altrui sia di provenienza lecita oppure no.⁷

Questa distinzione risulta particolarmente importante allorché una persona che adempie i requisiti definiti dalla disposizione penale, quindi ad esempio un avvocato che svolge a titolo professionale attività di intermediazione finanziaria, non rispetti le norme di diligenza imposte dalle circostanze nell'accertare l'identità dell'avente diritto economico sui valori patrimoniali su cui ha facoltà di disporre. In tale contesto la questione di

sapere se detti valori abbiano o meno un'origine criminale è irrilevante. Rilevante è invece soprattutto la questione di sapere se il suo agire configuri o meno intermediazione finanziaria: questione che – come evidenziato in dottrina – può porre quesiti di non facile soluzione, per la cui disamina e valutazione si giustifica di ricorrere a un'interpretazione integrata con le disposizioni della Legge sul riciclaggio di denaro e in particolare dell'[art. 2 LRD](#).⁸

2. La LRD

A) La LRD quale strumento del diritto amministrativo

La Legge federale relativa alla lotta contro il riciclaggio di denaro e il finanziamento del terrorismo integra nel diritto amministrativo le sopraccitate disposizioni penali, completando il dispositivo per lottare contro il riciclaggio e garantendone l'efficacia.⁹ Segnatamente, dopo aver stabilito il proprio campo di applicazione personale e di merito (basati, per quanto qui di rilievo, sulla nozione di intermediario finanziario), la LRD definisce fra altro gli specifici obblighi che incombono agli intermediari finanziari, la struttura della vigilanza, ecc.

Analogamente all'[art. 305^{ter}CP](#), anche la LRD è una legge speciale, non applicabile a chiunque, ma solo a una ben delimitata cerchia di persone, definita dal sopraccitato [art. 2 LRD](#). La nozione di intermediario finanziario è ampia e comprende diversi tipi di fornitori di prestazioni finanziarie, taluni dei quali oggetto anche di specifiche legislazioni, come ad esempio banche, assicurazioni, ecc. Giusta la norma di carattere sussidiario di cui all'art. 2 cpv. 3, sono assoggettate alla LRD «*le persone che, a titolo professionale, accettano o custodiscono valori patrimoniali di terzi o forniscono aiuto per investirli o trasferirli*».

Come per [l'art. 305^{ter}CP](#), l'assoggettamento di cui all'[art. 2 cpv. 3 LRD](#) è condizionato all'esercizio a titolo professionale. Detta nozione viene concretizzata dall'art. 7 ORD, nel senso che vi è esercizio a titolo professionale allorquando l'attività di intermediazione finanziaria adempie anche solo uno dei criteri quantitativi stabiliti dall'ordinanza. A titolo di esempio vi è assoggettamento qualora l'attività di intermediazione comporti un ricavo lordo superiore ai 50 000 franchi oppure allorquando sussista una facoltà illimitata di disporre di valori patrimoniali di terzi che in un qualsiasi momento superano i 5 milioni di franchi.¹⁰ La definizione di criteri quantitativi ha finalità pragmatiche, in ossequio del principio «*de minimis non curat*

praetor». Per le stesse finalità pragmatiche l'ORD precisa pure che non tutte le relazioni sono da considerare per esempio nel computo del sopraccitato limite di 5 milioni di franchi nel senso che «*l'attività esercitata per persone prossime è presa in considerazione ai fini della valutazione dell'esercizio a titolo professionale della stessa soltanto se il ricavo lordo realizzato durante un anno civile è superiore a 50000 franchi*», ritenuto che la stessa Ordinanza stabilisce dettagliatamente chi debba essere considerata come persona prossima.¹¹

B) La rilevanza della LRD per gli avvocati (e per i notai)

Come per ogni soggetto, anche per gli avvocati, la LRD torna applicabile allorquando essi adempiono le sopraccitate condizioni per essere qualificati come intermediari finanziari. Tuttavia per le peculiarità della loro attività, esistono delle importanti eccezioni. Tali eccezioni sussistono allorquando gli obblighi derivanti dalla LRD verrebbero a collidere con il segreto professionale, inteso quale obbligo fondamentale che ogni avvocato (e ogni notaio) deve rispettare nell'esercizio della professione, in modo tale da risultare con esso incompatibili. Pur senza per ovvi motivi poter qui approfondire la tematica¹², è d'uopo ricordare che l'obbligo del segreto professionale

dell'avvocato è un principio fondamentale del nostro sistema giuridico, che tutela primariamente ogni cittadino nella sua facoltà di chiedere consiglio e assistenza legale a un professionista senza dover temere che quanto discusso in questa sede possa trasparire all'esterno.¹³ L'importanza istituzionale di tale principio di tutela del cliente è attestata dal fatto che una sua violazione da parte dell'avvocato (e del notaio) è punita penalmente dall'[art. 321 CP](#) con una pena detentiva fino a tre anni o con una pena pecuniaria.

Proprio in ragione della sua testé evidenziata *ratio* tale eccezione all'assoggettamento degli avvocati (e dei notai) alla LRD non è assoluta, ma limitata ai casi in cui la sopraccitata incompatibilità si manifesta chiaramente. La situazione è stata plasticamente riassunta dalla FINMA nel modo seguente: «*Nella prassi le attività coperte dal segreto professionale non comportano un obbligo di assoggettamento. Bisogna dunque operare una distinzione tra attività coperte dal segreto professionale (specifiche della professione) e attività non coperte dal segreto professionale (non specifiche della professione) (DTF 132 II 103).*»¹⁴ In tale ottica, la FINMA distingue quindi fra attività specifiche della professione di avvocato (e del notaio) e attività non specifiche, intese come quelle attività «*che normalmente vengono svolte da gestori patrimoniali, fiduciari o banche, tra cui segnatamente la gestione patrimoniale o l'investimento di fondi. Altrimenti, ricorrendo a un avvocato come intermediario, qualsiasi accusato potrebbe impedire alle autorità di perseguimento penale di accedere ai proventi realizzati commettendo un reato. Queste attività sono anche chiamate <attività accessorie> dell'avvocato o del notaio.*»¹⁵

Allorquando un avvocato (o un notaio) svolge questo tipo di attività, egli è assoggettato alla LRD e deve ossequiarne gli obblighi come qualsiasi altra persona, sottoponendosi alla vigilanza di uno degli organismi di autodisciplina autorizzati dalla FINMA. Tuttavia possono porsi questioni importanti e delicate in relazione alla LRD anche nell'ambito delle attività tipiche dell'avvocato e del notaio. Ed è di talune di queste che ci occuperemo nel seguito.

III. Tematiche di particolare interesse per l'avvocato (e per il notaio)

Come già evidenziato scopo del presente contributo è la disamina di puntuali problematiche in materia di lotta al riciclaggio che possono porsi ad ogni avvocato (non solo all'avvocato agente quale intermediario finanziario o al cosiddetto avvocato d'affari) in relazione a specifiche e concrete sue attività professionali. Mi riferisco in particolare alle problematiche legate all'attività di *escrow agent* (1), rispettivamente a quelle – a queste ultime sovente strettamente legate – connesse con l'uso di conti bancari aperti dall'avvocato in base al cosiddetto formulario R (2). Da ultimo ci si chinerà brevemente su talune peculiarità relative alla LRD riguardanti le attività «*a mandato o funzione statale*» come quella di mandatario precauzionale, di esecutore testamentario o di amministratore di un fallimento (3).

1. Le attività di escrow agent

A) La nozione di escrow agent

In genere è qualificato come *escrow agent* chi riceve da un terzo e conserva per un certo tempo beni patrimoniali – in genere somme di denaro – con lo scopo di consegnarli a un altro terzo, secondo specifiche indicazioni pattuite contrattualmente.¹⁶ Normalmente queste transazioni mirano a garantire il corretto adempimento di impegni contrattuali esistenti fra le due parti terze, con le quali l'*escrow agent* conclude uno specifico contratto, detto *escrow agreement*, avente per oggetto diritti e doveri dell'*escrow agent*.¹⁷

Questo tipo di contratto, di origine anglosassone, non è specificamente disciplinato nel diritto svizzero e costituisce un contratto *sui generis*, retto dalle regole generali del Codice delle obbligazioni.¹⁸ In Svizzera esso è regolarmen-

te integrato nei contratti di compravendita immobiliare allestiti dai notai dei cantoni in cui vige il sistema del libero notariato professionale, come lo sono ad esempio il Cantone Ticino o quello dei Grigioni (ma lo stesso vale in molti cantoni romandi o a Basilea Città).¹⁹ Ciò non capita per contro nei cantoni in cui l'attività notarile è svolta da pubblici funzionari dipendenti (ad aver scelto il sistema del notariato di Stato sono parecchi cantoni della Svizzera tedesca, come ad esempio Zurigo).

Caratteristica dell'*escrow agent* è in genere una posizione neutrale rispetto alle due parti al contratto soggiacente (sovente si tratta di un contratto di compravendita), le quali normalmente ripongono entrambe una certa fiducia nell'*escrow agent* tanto da averlo scelto quale «garante» del corretto adempimento di taluni dei loro reciproci impegni e aver con lui concluso l'*escrow agreement*.

B) L'assoggettamento alla LRD dell'attività dell'avvocato quale escrow agent

Poiché prestazione caratteristica di ogni *escrow agent* è proprio l'accettare, custodire e indi disporre di beni patrimoniali di terzi, è naturale che questi sia di massima assoggettato alla LRD in qualità di intermediario finanziario.²⁰ Questo principio può trovare un'importante eccezione nel caso l'*escrow agent* sia un avvocato, ma ciò solo allorché il suo intervento presenti caratteristiche particolari. Dottrina e giurisprudenza sono oggi unanimi nel riconoscere che questo è il caso se l'attività di *escrow agent* dell'avvocato dipende da un mandato che può essere qualificato come attività tipica della sua professione e quindi è coperto dal segreto professionale dell'avvocato ai sensi dell'art. 321 CPS.²¹

Nei primi anni dall'entrata in vigore della LRD vi è stato chi intendeva escludere l'assoggettamento in base a criteri formalistici, come l'utilizzo da parte dell'avvocato di un conto a lui intestato in base al formulario R.²² Dopo poco tempo tale impostazione è stata abbandonata – a mio parere correttamente – a favore di criteri sostanziali, riferiti all'effettiva natura dell'intervento dell'avvocato. Emblematica in questo senso è stata la sentenza 11.7.2005 del Tribunale federale in un caso legato alla FIFA, in cui l'alta corte ha precisato che: «*Der blosser Umstand, dass der Zahlungsauftrag über das treuhänderisch eröffnete Konto eines Anwaltes bzw. einer Anwaltskanzlei abgewickelt wurde, liess die Dokumente nach der dargelegten Rechtsprechung des Bundesgerichtes noch nicht unter das anwaltliche Berufsgeheimnis fallen.*»²³

Quello sostanziale riferito alla natura dell'intervento dell'avvocato è in ogni caso il criterio applicato dalla FINMA nella sua circolare 2011/1, allorché precisa che: «*Per determinare se un avvocato, in qualità di escrow agent, è assoggettato alla LRD, occorre chiarire se le sue competenze specialistiche di avvocato sono necessarie per l'esecuzione dell'escrow agreement. Nella misura in cui l'attività di escrow agent ha un legame diretto con un mandato giuridico preciso, si deve di principio presupporre che le competenze specialistiche di avvocato sono indispensabili per la corretta esecuzione dell'escrow agreement e che l'attività svolta rientra nell'ambito delle attività specifiche della professione. La situazione va ad ogni modo esaminata caso per caso. Quando le competenze specialistiche di avvocato non sono indispensabili, ad esempio nell'esecuzione di contratti standard semplici, può esserci assoggettamento dell'avvocato. È responsabilità dell'avvocato decidere se un mandato richiede competenze specialistiche e se è effettivamente coperto o meno dal segreto professionale.*»²⁴

Definire nel caso effettivo quando un intervento nel ruolo di *escrow agent* si iscriva nell'attività tipica dell'avvocato può non essere semplice e può dipendere da singole valutazioni dei fatti concreti che caratterizzano la fattispecie. Indizi per una qualifica dell'intervento come attività tipica dell'avvocato sono ad esempio il fatto che l'avvocato abbia concepito e formulato i contratti per il cui adempimento egli è poi chiamato ad intervenire quale *escrow agent*. Altro criterio può essere legato al fatto che l'intervento dell'avvocato consista nel compiere valutazioni giuridiche. Al contrario possono deporre a favore di un

assoggettamento alle regole della LRD e quindi di un'attività di intermediazione finanziaria ad esempio la constatazione che i contratti sono retti da un diritto estero di cui l'avvocato non è particolarmente cognito oppure che il suo intervento dipende unicamente dalla presenza di un ordine di un terzo (che per esempio accerta l'adempimento di condizioni tecniche per le quali l'avvocato non ha conoscenze specifiche). Tutto ciò rende in effetti preponderante il carattere fiduciario dell'*escrow agent*.²⁵

C) Il caso particolare dell'attività di *escrow agent* da parte di un notaio

Come già accennato, nei Cantoni con un libero notariato professionale (quali Ticino e Grigioni), nelle compravendite immobiliari di regola il prezzo viene fatto transitare sul conto clienti del notaio che roga l'atto di compravendita e che funge da *escrow agent*. In questo modo il notaio può garantire un corretto adempimento degli obblighi contrattuali e delle operazioni connesse al negozio (garanzia di un corretto adempimento sinallagmatico fra trapasso di proprietà e pagamento del prezzo, rimborso di crediti ipotecari, pagamento di imposte, versamento di commissioni a un mediatore immobiliare, ecc.). In applicazione dei criteri sopradescritti appare chiaro che – perlomeno nei casi di compravendita immobiliare – l'attività di *escrow agent* del notaio quale adempimento di impegni sanciti in un suo

rogito è da qualificare come attività tipica, non assoggettata alla LRD.

Questo non significa tuttavia che ogni assoggettamento di un notaio alla LRD sia escluso a priori o che la rogazione di un atto pubblico escluda per principio la qualifica del notaio quale intermediario finanziario. Sebbene si tratti senza dubbio di ipotesi molto particolari, basti pensare ad esempio al caso in cui il notaio, su incarico dell'alienante, a trapasso avvenuto versi a terzi una parte del prezzo incassato per la compravendita immobiliare. In assenza di una connessione con il normale adempimento di un'operazione di compravendita immobiliare un siffatto pagamento esula dall'attività tipica del notaio e come tale configura chiaramente attività di intermediazione finanziaria. Ciò è stato chiaramente riconosciuto dalla FINMA, che ha correttamente precisato una precedente prassi poco chiara dell'allora autorità di controllo, affermando che: *«Sono considerati specifici della professione unicamente i pagamenti a terzi necessari alla corretta esecuzione del trasferimento della proprietà immobiliare.»*²⁶ Come vedremo al punto 2, per questo tipo di transazioni non dovrebbe essere consentito l'utilizzo di conti bancari con formulario R.

In ogni caso, come per l'avvocato, anche per il notaio la valutazione del caso concreto può rivelarsi complessa. Proprio per questo è importante che egli vi ponga la dovuta attenzione, soprattutto se si considera che – come più sopra rilevato – anche nell'adempimento di attività tipiche e sottoposte al segreto professionale il notaio è soggetto all'art. 305^{bis} CPS.

2. L'uso di conti bancari con formulario R

A) Le finalità del conto bancario con formulario R

Uno dei principi fondamentali alla base della legislazione in materia di lotta al riciclaggio è quello che impone ad ogni banca di conoscere il proprio cliente e la provenienza dei valori che da quest'ultimo le vengono affidati. In tale contesto uno degli strumenti centrali del sistema bancario è il cosiddetto formulario A, ossia il formulario che ogni cliente deve sottoscrivere al momento dell'apertura di un conto e nel quale deve indicare chi sia l'avente diritto economico dei valori depositati. Segnatamente in detto formulario il cliente deve riconoscere di

essere l'avente diritto economico dei valori beni depositati oppure, qualora egli agisca in nome e per conto di un terzo, deve indicare l'avente diritto economico, specificandone tutti i dati personali. Nel contempo [l'art. 12 lett. h LLCA](#), riprendendo un principio già da tempo sancito nelle preesistenti legislazioni cantonali, ha inserito fra le regole professionali vincolanti per ogni avvocato attivo in Svizzera, l'obbligo di custodire gli averi che gli sono affidati separatamente dal proprio patrimonio.²⁷

La combinazione dei due sopraccitati obblighi, entrambi sanciti da leggi federali, rende sostanzialmente impossibile l'utilizzo di un conto aperto in base al formulario A per l'attività professionale dell'avvocato (e del notaio). In effetti la sottoscrizione di un siffatto formulario configurerebbe forzatamente una violazione del segreto professionale sancito dall'art. 321 CPS, allorquando l'avvocato (e il notaio) vi è astretto, ossia perlomeno nelle cosiddette attività tipiche della sua professione. Di qui l'esigenza di disporre di un apposito formulario (detto appunto formulario R, dove R sta per «*Rechtsanwalt*») che consenta ad avvocati (e notai) di aprire un conto senza dover indicare l'avente diritto economico dei valori che vi saranno depositati.²⁸

Il conto bancario aperto in base al formulario R risulta quindi essere uno degli strumenti essenziali di ogni avvocato per l'esercizio della sua attività nel rispetto delle differenti disposizioni legali.²⁹ Nel contempo esso configura però anche un'eccezione pressoché unica nel contesto delle relazioni bancarie in Svizzera al principio della conoscenza da parte della banca dell'avente diritto economico dei valori depositati sui suoi conti. Ed è proprio per questo suo carattere eccezionale che il formulario R prevede condizioni di utilizzo molto restrittive e rigorose.

B) Evoluzione e peculiarità del conto bancario con formulario R

Analogamente a quelli del formulario A e degli altri formulari utilizzati in Svizzera³⁰, i contenuti sostanziali del formulario R sono definiti a livello generale dalla Convenzione relativa all'obbligo di diligenza delle banche (CDB). Contestualmente agli aggiornamenti e alle modifiche cui è stata sottoposta la convenzione a scadenze regolari, anche i contenuti del formulario R si sono evoluti nel corso degli anni ponendo talvolta gli avvocati dinnanzi a problematiche operative anche molto importanti. Emblematica al riguardo è stata la modifica intervenuta a seguito dell'accordo FATCA fra la Svizzera e gli Stati Uniti d'America del 14.2.2013. Nell'ambito di detta modifica il campo di applicazione del formulario R è stato fortemente ridotto e limitato essenzialmente alle sole operazioni di *escrow*, con esclusione di molte casistiche fino ad allora ammesse molto frequenti e importanti per l'attività tipica dell'avvocato.³¹

Dopo qualche anno di incertezze e oggettive difficoltà, superate talvolta con l'adozione di soluzioni pragmatiche fra singola banca e cliente, contemporaneamente con

l'Ordinanza FINMA sul riciclaggio di denaro (ORD-FINMA), il 1.1.2020 è entrata in vigore la CDB 20, che definisce le modalità di accertamento dell'avente diritto economico sui valori patrimoniali attualmente applicate per le persone soggette al segreto professionale.³² Con la CDB 20 la banca può rinunciare all'accertamento dell'avente diritto economico per conti o depositi aperti a nome di avvocati e notai autorizzati ad esercitare in Svizzera o di studi legali e notarili organizzati in forma societaria a condizione che questi adempiano cumulativamente ben precise condizioni atte a garantire fra altro che il conto bancario venga utilizzato dall'avvocato (e/o notaio) esclusivamente per transazioni soggette al segreto professionale ai sensi dell'[art. 321 CP](#). Al riguardo è interessante rilevare come in tale contesto la CDB preveda che all'avvocato (e al notaio) non è richiesto di specificare per quale fra le attività soggette al segreto professionale egli intende utilizzare, nello specifico caso concreto, il relativo conto e/o deposito.³³

In effetti il formulario R elenca esaustivamente da un profilo generale le attività tipiche dell'avvocato (e del notaio) nel cui contesto è consentito farvi capo. Segnatamente, a seconda dei casi, si esige ad esempio che quel conto venga utilizzato solo per transazioni direttamente legate a una divisione ereditaria o all'esecuzione testamentaria, a una separazione dei beni pendente nell'ambito di un divorzio o di una separazione coniugale, alla registrazione a breve termine di importi per il pagamento di anticipi processuali, ecc. Premesso che il carattere di documento del formulario R (come d'altra parte di tutti i formulari previsti dalla CDB) è unanimemente riconosciuto da dottrina e giurisprudenza³⁴, il formulario R prevede di massima pure un'esplicita dichiarazione da parte di chi lo firma di aver preso atto che l'indicazione intenzionale di informazioni errate configura il reato di falsità in documenti ai sensi dell'[art. 251 CP](#).

C) I limiti e le problematiche dell'uso di conti bancari con formulario R

La dottrina ha evidenziato come il pericolo di un utilizzo abusivo di conti bancari con formulario R e il loro carattere di eccezione al principio fondamentale della conoscenza dell'avente diritto economico induca autorità e banche ad interpretare restrittivamente le sopraccitate normative.³⁵ Se per quanto attiene attività ontologicamente qualificabili come tipiche (pagamenti direttamente dipendenti da procedure giudiziarie, divisioni ereditarie, ecc.) l'utilizzo di conti con formulario R appare indiscutibile, la valutazione è più problematica qualora l'avvocato agisca quale *escrow agent* in campo commerciale o di transazioni societarie.³⁶ Analogamente a quanto evidenziato al punto 1, il ricorso a un conto bancario con formulario R presuppone che l'intervento dell'avvocato possa essere qualificato come attività tipica dell'avvocato (e del notaio). Per contro, in caso di attività che non adempiono queste condizioni e che configurano quindi attività di intermediazione finanziaria, l'uso di conti bancari con formulario R è vietato e può addirittura configurare reato penale (si pensi in particolare al reato di falsità in documenti ai sensi dell'[art. 251 CP](#)). In tali casi l'uso di un conto bancario, pure ovviamente intestato all'avvocato, ma in base a formulario A, è indispensabile.³⁷

Nella prassi l'importanza di un corretto utilizzo del conto bancario aperto con formulario R e di un rigoroso rispetto delle regole viene accentuata dal fatto che sul conto clienti dell'avvocato (e/o notaio) confluiscono importi provenienti da molteplici e differenti clienti. Questo fatto, invero di per sé stesso per nulla problematico, può avere conseguenze oltremodo pesanti in caso di un utilizzo del conto clienti per transazioni esulanti quelle consentite (come per esempio per transazioni di intermediazione finanziaria non coperte dal segreto professionale). In effetti detti utilizzi sconsiderati e contrari alle regole possono provocare una vera «contaminazione» del conto e degli importi su di esso confluiti. Si pensi ad esempio al caso in cui un ordine dell'autorità penale blocchi il conto formulario R di un avvocato su cui sono confluiti importi derivanti da attività di intermediazione finanziaria. In una siffatta evenienza il rischio di un blocco totale di tutti gli averi depositati su questo conto è reale, come pure reale è la problematica per l'avvocato di dover esporre all'autorità inquirente le differenti operazioni che hanno portato denaro sul suo conto clienti, anche allorquando talune di queste sono coperte dal segreto professionale ai sensi dell'[art. 321 CP](#).

3. Le attività «con mandato o funzione statale»

A) La casistica

Fra le attività frequentemente svolte da avvocati nell'esercizio della loro professione ne esistono parecchie che hanno una componente per così dire statale. In taluni casi, tale componente deriva da un vero e proprio mandato statale. In altri casi essa consegue dall'assunzione di un mandato che, seppur conferito da un privato, diviene effettivo solo previa formale decisione di un'autorità statale.³⁸

Attività di questo tipo sono per esempio quella di amministratore e/o di liquidatore di un fallimento (art. [237](#) ss. e [252](#) ss. LEF), quella di amministratore e/o di liquidatore di una successione (art. [554](#) e [593](#) ss. CC), la funzione di

mandatario precauzionale ([art. 360 ss. CC](#)) e di esecutore testamentario ([art. 517 s. CC](#)), come pure differenti mandati legati alle curatele ([art. 393 ss. CC](#)). In tutti questi casi l'avvocato acquisisce la facoltà di disporre di valori patrimoniali di terzi e adempirebbe quindi di massima le condizioni sancite dall'[art. 2 cpv. 3 LRD](#).

Per completezza è d'uopo rilevare che tutte queste attività non sono ad esclusivo appannaggio di avvocati. Al contrario esse possono essere svolte anche da fiduciari o da persone incaricate in ragione di un loro rapporto familiare con la persona rappresentata (si pensi ad esempio alla funzione di mandatario precauzionale o a quella di esecutore testamentario).

B) Le ragioni e i limiti dell'esclusione dell'intermediazione finanziaria

Come evidenziato dalla FINMA nella Circolare 2001/1, tutte le sopraccitate attività non configurano intermediazione finanziaria poiché preponderante per il loro svolgimento non è un rapporto contrattuale, bensì una delega di potere statale.³⁹ L'interpretazione della FINMA, unanimemente accettata senza particolari critiche o approfondimenti dalla dottrina⁴⁰, è a mio parere certamente condivisibile poiché consente di giungere a una soluzione corretta, praticabile e certamente in linea con le finalità della LRD. E questo sebbene in taluni casi la qualifica di statale del compito delegato può apparire discutibile. In effetti mentre per talune attività (come quella di amministratore di un fallimento) il carattere statale è difficilmente contestabile, per altre attività questo appare meno evidente (come in quella di esecutore testamentario).

Per quanto attiene alla LRD tali differenze fra le varie funzioni trovano riscontro nella prassi dell'autorità federale di vigilanza. In effetti secondo la FINMA, l'esclusione dell'assoggettamento alla LRD di amministratori delle successioni e di esecutori testamentari trova un limite «*nei casi in cui vengono fornite prestazioni di intermediazione finanziaria che esulano dall'ambito del mandato loro affidato, ad esempio nel quadro della partecipazione a una divisione successoria*».⁴¹ Non è molto chiaro a quali operazioni la FINMA faccia qui riferimento, già perché gli atti di divisione successoria possono essere fra le finalità della nomina di un esecutore testamentario da parte del *decurus*.

Sempre con riferimento all'esecuzione testamentaria occorre in ogni caso ricordare l'importanza per l'avvocato di porre particolare attenzione agli aspetti temporali del suo intervento e di considerare che l'esclusione dall'assoggettamento alla LRD termina con la fine del mandato di esecutore testamentario. In effetti qualora, al termine di tale mandato, gli eredi o i legatari chiedano all'avvocato di continuare a gestire i beni provenienti dalla successione, ci si troverebbe di fronte a un nuovo rapporto giuridico che non farebbe eccezione alle normali regole di cui all'[art. 2 cpv. 3 LRD](#). Qualora tale attività di intermediazione finanziaria, considerata globalmente assieme alle altre attività svolte dall'avvocato, adempisse uno dei requisiti quantitativi stabiliti dall'art. 7 ORD, l'avvocato dovrà agire secondo quanto stabilito dall'art. 11 ORD. In particolare egli dovrà rispettare senza indugio gli obblighi di cui agli articoli 3-11 LRD, presentare entro due mesi, una richiesta di affiliazione a un Organismo di autodisciplina riconosciuto dalla FINMA e, fino all'affiliazione presso un OAD, astenersi dall'intraprendere atti di intermediazione finanziaria che vanno oltre a quelli strettamente necessari alla conservazione dei valori patrimoniali affidatigli.

¹ L'articolo riporta unicamente le opinioni e valutazioni personali dell'autore e non vincola in alcun modo né l'OAD FSA/FSN, di cui quest'ultimo è vicepresidente, né la Commissione di disciplina notarile del Cantone Ticino, di cui egli è presidente.

² Martin Kern, Anwaltliche Tätigkeit und Geldwäschereibekämpfung, in: [Anwaltsrevue 2/2022](#), p. 81 ss.

- 3 Mark Pieth, in: Basler Kommentar, Strafrecht II, 2018, Vor Art. 305^{bis} n. 1 ss.; Sabine Kilgus/Paolo Losinger, in: Basler Kommentar, Geldwäschereigesetz, 2021, Vor Art. 1 n. 1 ss.; Ursula Cassani, in: Commentaire Romand, Loi sur le blanchiment d'argent, 2022, Introduction générale n. 1 ss.
- 4 Mario Gianini, Anwaltliche Tätigkeit und Geldwäscherei, Zur Anwendbarkeit des Geldwäschereitätbestandes ([Art. 305^{bis}StGB](#)) und des Geldwäschereigesetzes (GWG) auf Rechtsanwälte, tesi, Zurigo, 2005, p. 51 ss.; Christian Lippuner, Risiken der Anwälte und Notare im Kampf gegen Geldwäscherei – eine Übersicht, in: Anwaltsrevue 8/2012, p. 338; Christian Lippuner, Risiken der Anwälte und Notare im Kampf gegen Geldwäscherei – zwei besondere Fälle, in: Anwaltsrevue 9/2012, p. 397; Mark Pieth (nota 3), art. 305^{bis} n. 1.
- 5 Natalia Ferrara/Edy Salmina, Die Weissgeldstrategie wird zum Strafrecht, Berna, 2016; Mark Pieth (nota 3), art. 305^{bis} n. 22a ss.
- 6 Mark Pieth (nota 3), art. 305^{ter} n. 1 ss.
- 7 Mark Pieth (nota 3), art. 305^{ter} n. 6.
- 8 Mark Pieth (nota 3), art. 305^{ter} n. 9 e 11.
- 9 Mario Gianini (nota 4), p. 100 s.
- 10 Circolare FINMA 2001/1, Attività di intermediario finanziario ai sensi della LRD, Precisazioni relative all'Ordinanza sul riciclaggio di denaro, n. 142 ss.
- 11 Art. 7 cpv. 4 e 5 ORD.
- 12 Si vedano in particolare: Benoît Chappuis, Le secret de l'avocat – quelques questions actuelles, in: Anwaltsrevue, 2/2016, p. 55 ss.; Didier De Montmollin/Miguel Oural, Le secret professionnel de l'avocat en grave danger face à l'avant-projet de révision del la LBA, in: Anwaltsrevue, 9/2018, p. 373 ss.; Peter Lutz/Martin Kern, Vorentwurf des GWG: Einfluss auf die beratende Tätigkeit des Anwalts und das Berufsgeheimnis, in: [Anwaltsrevue 9/2018, p. 367 ss.](#); Peter Lutz/Martin Kern, Anwälte im GWG-Schleppnetz – Berufsgeheimnis als Beifang, in: [Anwaltsrevue 10/2019, p. 435 ss.](#)
- 13 Pascal Maurer/Jean-Pierre Gross, in: Commentaire Romand à la Loi sur les avocats, Basilea 2010, art. 13 n. 56 ss.
- 14 Circolare FINMA 2001/1, (n. 10), n. 114.
- 15 Circolare FINMA 2001/1, (n. 10), n. 117.
- 16 Christian Bovet/Jeremy Bacharach, in: Commentaire Romand LBA, Basilea, 2022, ad art. 2, n. 255.
- 17 Rolf Kuhn, Der Anwalt als Escrow Agent – Unterstellung unter das GWG? in: Anwaltsrevue, 5/2009, p. 231.
- 18 Mathias Kuster, Untersteht der Anwalt oder Notar als Escrow Agent dem Geldwäschereigesetz?, in: AJP 2002, p. 907.
- 19 Pietro Crespi, Il trasferimento di compiti amministrativi a privati in Ticino, tesi, 1995, p. 63 ss.; Michel Mooser, Le droit notarial en Suisse, Berna, 2014, p. 33 ss.
- 20 Rolf Kuhn (nota 17), p. 231 ss.
- 21 Patrik K. Meyer/Samuel Rhyner, in: Basler Kommentar GWG, 2021, ad art. 4, n. 224.
- 22 Su tale evoluzione si veda Mario Gianini (nota 4), p. 270 ss.
- 23 Sentenza del TF [1P.32/2005](#), consid. 3.4.
- 24 Circolare FINMA 2001/1 (nota 10), n. 119 ss.
- 25 Regula Grunder/Stephanie Lienhard, in: Basler Kommentar GWG, 2021, ad art. 2 cpv. 3 lett. f, g, n. 14.
- 26 Circolare FINMA 2001/1 (nota 10), n. 123.
- 27 Walter Fellmann, in: Kommentar zum Anwaltsgesetz, Zurigo, 2011, art. 12 n. 150 ss.; Michel Valticos, in: Commentaire Romand à la Loi sur les avocats, 2010, art. 12 n. 260 ss.
- 28 Sylvain Mathey, in: Commentaire Romand LBA, 2022, ad art. 4 n. 106–120.
- 29 Andreas Landtwing/Patrik Schelbli, Das Formular R und dessen Verwendung durch Zürcher Rechtsanwälte, in: Anwaltsrevue 5/2012, p. 237 ss. e Christian Lippuner, Anmerkungen zum Artikel von Andreas Landtwing und Patrik Schelbli, «Das Formular R und dessen Verwendung durch Zürcher Rechtsanwälte», in: Anwaltsrevue 5/2012, p. 242 s.
- 30 Segnatamente oltre al già citato e noto formulario A e al formulario R, la CDB 20 prevede anche un formulario K (per il detentore del controllo), un formulario S (per le fondazioni), un formulario T (per i trust) e un formulario I (per i cosiddetti Insurance wrapper).
- 31 Benoît Chappuis (nota 12), p. 59; Sylvain Mathey (nota 28), ad art. 4 n. 112.
- 32 Art. 36 CDB 20.
- 33 Commento alla Convenzione relativa all'obbligo di diligenza delle banche (CDB 20), pubblicato da Swissbanking, p. 50.
- 34 Patrik K. Meyer/Samuel Rhyner (nota 21), ad art. 4 n. 94.

35 Sylvain Mathey (nota 28), ad art. 4 n. 119.

36 La dottrina constata (a ragione) come tra le banche vi sia vieppiù reticenza a consentire l'uso o addirittura l'apertura di tali conti: Sylvain Mathey (nota 28), ad art. 4 n. 120.

37 Andreas Landtwing/Patrik Schelbli (nota 29), p. 237 ss.; Christian Lippuner (nota 29), p. 242 s.

38 Christian Bovet/Jeremy Bacharach (nota 16), ad art. 2 n. 256.

39 Circolare FINMA 2001/1 (nota 10), n. 133 ss.

40 Christian Bovet/Jeremy Bacharach (nota 16), ad art. 2 n. 256; Mario Gianini (nota 4), p. 264 ss.

41 Circolare FINMA 2001/1 (nota 10), n. 141.