

Consiglio Nazionale del Notariato

COMMISSIONE ANTIRICICLAGGIO

Studio 1_2018 B

Le Regole tecniche elaborate dagli organismi di autoregolamentazione nella rete delle fonti del diritto

(VG - MP – novembre 2018)

*Approvato dalla Commissione Antiriciclaggio il 3 dicembre 2018
Approvato dal Consiglio Nazionale del Notariato il 17 gennaio 2019*

Lo studio esamina il ruolo e la funzione delle c.d. regole tecniche elaborate dagli organismi di autoregolamentazione nel mutato quadro delle fonti del diritto. La complessità e problematicità degli assetti normativi delle regole poste per combattere il fenomeno del riciclaggio impone anche un ripensamento del ruolo dell'interprete, in quanto gli enunciati legislativi non sono una realtà data ed autosufficiente di cui prendere atto, ma richiedono una rinnovata operosità intermediativa nel momento della loro interpretazione/applicazione.

Sommario:1. Analisi di contesto. -2. Le fonti, la piramide, la rete. -3. Un soccorso epistemologico per il giurista-interprete tra identità del testo e varietà dei contesti. - 4. La portata normativa delle c.d. regole tecniche.

1. Analisi di contesto. Il diritto contemporaneo sta vivendo una fase di profonda trasformazione e non di mera crisi o di semplice evoluzione. Tale trasformazione è senza dubbio indotta dalla globalizzazione e dal policentrismo normativo che hanno determinato un nuovo momento storico di emersione della complessità. Complessità che non costituisce il mero presupposto sociologico della riflessione del giurista, ma integra piuttosto il “dato connotativo della giuridicità” nel XXI secolo¹.

Il diritto del ventunesimo secolo è dunque il diritto della complessità, la quale alimentata dalla internazionalizzazione del medesimo diritto e segnata dalla contraddittorietà e dalla indeterminatezza delle regole, delinea un ordinamento giuridico fortemente segnato da interdipendenze, discontinuità, interazioni e conseguentemente da un inevitabile grado di incertezza che rende obsoleta l'idea di un centro e diffusa, invece, quella problematicità degli assetti normativi e della non perfetta prevedibilità del nuovo equilibrio, comunque transeunte, che il sistema aspirerebbe a raggiungere.

¹ Lo rileva da ultimo parlando del diritto privato, ma il discorso ha valenza generale, M. TRIMARCHI, *Complessità e integrazione delle fonti nel diritto privato in trasformazione*, Convegno in onore del prof. Vincenzo Scalisi (Messina 27-28 maggio 2016), Milano, 2017, p. 27.

Queste riflessioni sembrano adeguate a descrivere la normativa in tema di prevenzione e contrasto dei fenomeni di finanziamento del terrorismo e delle attività di riciclaggio di danaro di provenienza illecita, che hanno assunto da tempo una dimensione sempre più estesa e priva di frontiere. La globalizzazione infatti ha comportato l'ampliamento dei mercati a una dimensione mondiale conseguentemente ha incentivato la mobilità dei capitali.

Nell'ambito delle attività di prevenzione un ruolo centrale è svolto dal Gruppo di Azione Finanziaria Internazionale (GAFI), organismo intergovernativo istituito per sviluppare e promuovere sinergie di protezione del sistema finanziario dal riciclaggio, finanziamento del terrorismo e proliferazione delle armi di distruzione di massa. Il GAFI, costituito nel 1989, elabora standards riconosciuti a livello internazionale per il contrasto di queste attività finanziarie illecite, ne analizza le tecniche e l'evoluzione.

In questo contesto anche l'Unione Europea ha deciso di elaborare una disciplina in materia così da rendere uniformi tra gli Stati membri adeguate misure di contrasto e prevenzione dei suddetti fenomeni.

La quarta Direttiva UE 2015/849 del 20 maggio 2015, relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo, è dunque frutto di un percorso legislativo che si è avviato con la prima direttiva UE n. 91/308 recepita in Italia con legge 5 luglio 1991 n. 197 e si è protratto fino ad oggi².

La prima direttiva 91/308 era innervata in una architettura sviluppata su due assi portanti:

- a) prevenzione dell'uso del solo sistema finanziario;
- b) viene considerato solo il riciclaggio dei proventi del traffico di stupefacenti.

La Seconda direttiva 2001/97 del 4 dicembre 2001, rappresenta l'evoluzione della disciplina europea di contrasto al riciclaggio, alla luce di una esperienza decennale e coinvolge, per la prima volta, le professioni giuridiche negli obblighi di identificazione e segnalazione delle operazioni sospette. Il CNN dopo l'entrata in vigore degli atti normativi di recepimento ed attuazione della Seconda direttiva (d. lgs. 20 febbraio 2004 n. 56 e decreto min. Economia e finanze 3 febbraio 2006 n.141) crea un gruppo di lavoro con lo scopo di approfondire la nuova disciplina³.

La Terza direttiva 2005/60 del 26 ottobre 2005, è relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario, non solo a scopo di riciclaggio dei proventi delle attività criminose, ma anche di finanziamento del terrorismo. Il D. Lgs. n. 231 del 16 novembre 2007 (c.d. decreto antiriciclaggio) ha dato attuazione alla Terza direttiva, con una completa rivisitazione degli obblighi a carico dei professionisti, ed il D. Lgs. 151 del 2009 (c.d. decreto correttivo) ha apportato significativi cambiamenti agli adempimenti richiesti ai soggetti passivi.

2 Recentemente è stata emanata la cd. Quinta Direttiva comunitaria 2018/843 del Parlamento europeo del 30 maggio 2018, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale UE del 19 giugno 2018, la quale dovrà essere recepita dagli ordinamenti nazionali entro il 10 gennaio 2020 e che introdurrà ulteriori significative novità in materia di identificazione del titolare effettivo e di accesso pubblico alle informazioni sulla titolarità effettiva nei trust e istituti affini, come anticipato dalla nota comparsa, a firma di Maria Concetta Cignarella, su CNN Notizie del 27 giugno 2018. Inoltre, il 23 ottobre 2018 è stata approvata una Sesta direttiva 1673/2018, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale Ue del 12 novembre 2018, sulla lotta al riciclaggio mediante il diritto penale. La sesta direttiva dovrà essere recepita entro il 3 dicembre 2020 dagli Stati membri ed ha il duplice obiettivo di rafforzare la lotta al riciclaggio, anche colpendo sul piano penale i soggetti obbligati (inclusi i professionisti) ed intensificare la cooperazione transfrontaliera per la ripartizione della giurisdizione tra gli Stati membri.

3 I primi studi sono raccolti nel volume distribuito in occasione del Congresso Nazionale del Notariato di Riva del Garda (14/17 ottobre 2006) , *Il notaio e la normativa antiriciclaggio*, Roma, 2006.

Il decreto legislativo 25 maggio 2017 n. 90⁴, di recepimento della Quarta Direttiva Comunitaria, in vigore dal 4 luglio 2017, sostituisce integralmente il D.lgs. 231/2007 e si ispira ad un approccio basato principalmente sull'analisi dei fattori di rischio (*risk based approach*) e sulla collaborazione tra Autorità pubbliche e soggetti privati⁵.

Diversamente dal passato, in questa occasione l'intervento di recepimento della cd. IV Direttiva è stato attuato lasciando in essere il d.lgs. 231/2007, come contenitore formale, nel cui testo sono stati svolti gli interventi modificativi: le disposizioni contenute nel D. Lgs. 21 novembre 2007 n. 231 sono state quindi completamente sostituite. Inoltre, ai sensi dell'art. 9 comma 7 del D. Lgs. 90/2017, sono abrogati i relativi Allegati Tecnici, che in passato erano stati in alcuni casi di estrema utilità per l'operatore giuridico: si pensi ad esempio all'art. 2, comma 1, lettera a), punto 2, dell'Allegato Tecnico, il quale dettava criteri residuali per l'identificazione del titolare effettivo, individuandolo nella persona fisica o nelle persone fisiche che esercitassero in altro modo il controllo sulla direzione di un'entità giuridica.⁶

L'impianto normativo è stato mantenuto unitario, sia con riguardo agli obblighi antiriciclaggio sia con riferimento alle relative sanzioni, con ciò non recependo la ripetuta richiesta di opportuni distinguo tra le due categorie di soggetti destinatari degli obblighi (operatori del settore finanziario e professionisti), richiesta più volte avanzata dai professionisti in sede di recepimento della normativa. Il decreto delegato 25 maggio 2017 n. 90 ha avuto però il merito di introdurre un parziale rimedio sul punto, che in parte dà la possibilità di meglio calibrare gli obblighi antiriciclaggio alle specificità dei singoli destinatari. Si è deciso infatti di delegare alle autorità di vigilanza (per i soggetti di area bancaria e finanziaria) e agli organismi di autoregolamentazione (per i professionisti), il compito di integrare la norma primaria e adeguarla alle specificità dei destinatari degli obblighi, mediante l'elaborazione delle cd. "Regole Tecniche".

Le Regole Tecniche e/o le indicazioni vincolanti, previste dagli articoli 11 comma 2, 15 comma 1 e 16 comma 2 del D.Lgs. 90/2017, hanno il compito di disciplinare, con maggior grado di dettaglio e più pregnante riferimento ai soggetti specifici per cui vengono emanate, procedure e metodologie di analisi e valutazione del rischio di riciclaggio e finanziamento del terrorismo, di controlli interni, di adeguata verifica, anche semplificata della clientela e di conservazione; parimenti vengono individuati i requisiti dimensionali e organizzativi in base ai quali i soggetti obbligati adottano specifici presidi, controlli e procedure per la valutazione e gestione del rischio di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo.

Nel caso dei notai, la normativa regolamentare (cd. "Regole Tecniche") è stata approvata dal CNN con le delibere 3–40 del 27 luglio 2017 e 2 -46 del 27 ottobre 2017⁷. Il prescritto parere del Comitato di Sicurezza Finanziaria è datato 18 settembre 2018 ed è stato trasmesso al CNN in data 1^a ottobre 2018.

4 Pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 140 del 19 giugno 2017.

5 Un primo commento al Decreto Delegato 90/2017 in Consiglio Nazionale del Notariato- Commissione antiriciclaggio, *Adeguata verifica della clientela, obblighi di conservazione dei dati e delle informazioni e segnalazione di operazione sospetta nel nuovo decreto antiriciclaggio*, in CNN notizie del 27 giugno 2017; G. PETRELLI, in www.gaetanopetrelli.it *Disciplina antiriciclaggio in Rassegna novità normative* primo semestre 2017, p.20 ss.

6 Vedasi a commento il "Quesito *Antiriciclaggio* n. 11-2017/B. Antiriciclaggio – identificazione titolare effettivo – fattispecie", a cura di Maria Concetta Cignarella, pubblicato su CNN Notizie del 4 dicembre 2017.

7 Le regole tecniche in materia di antiriciclaggio sono consultabili sulla RUN, sezione antiriciclaggio. Per un commento delle stesse cfr. S. CARIONI- V. GUNNELLA, *La novella antiriciclaggio. D. Lgs. 25.05.2017 n.90. La novella alla luce delle Regole tecniche approvate dal Cnn e del relativo parere del Comitato di Sicurezza Finanziaria*, in Cnn Notizie del 15 ottobre 2018.

Il documento è articolato in dieci regole che hanno ad oggetto:

- ambito di applicazione degli obblighi di adeguata verifica (regola 1);
- disciplina transitoria per le vecchie linee guida (regola 2);
- valutazione del rischio di riciclaggio e finanziamento del terrorismo (regola 3);
- adeguata verifica della clientela (regole 4-8);
- conservazione dei dati, documenti e informazioni (regole 9 e 10).

Il quadro attuale della normativa di riferimento in materia di obblighi antiriciclaggio per i notai è dunque articolato sulle seguenti fonti:

- a) Direttiva Comunitaria 2015/849 del 20 maggio 2015, relativi Considerando e Principi Generali (di immediata portata precettiva);
- b) Legge Delega 12 agosto 2016 n.170, in esecuzione della quale il Governo ha emanato il Decreto Delegato n. 90/2017;
- c) Raccomandazioni del GAFI
- d) Metodologia elaborata dal Comitato Sicurezza Finanziaria (28 marzo 2018)
- e) Regole tecniche ed indicazioni vincolanti del CNN integrative della normativa primaria;
- f) Circolari Ministeriali
- g) Studi del CNN;
- h) Linee Guida e Direttive Interne adottate da ciascun professionista.

Dal quadro ora delineato e dall'esame della normativa di riferimento, emerge un sistema di fonti stratificato, che richiede un notevole sforzo interpretativo all'operatore oltre che la necessità da parte di quest'ultimo di completare la norma di rango superiore con le proprie Linee Guida e i protocolli interni di studio⁸.

2. Le fonti, la piramide, la rete. La riflessione epistemologica più consapevole tende oggi ad intendere l'esperienza giuridica come il dinamico farsi del diritto, sicché la norma non va intesa nella sua configurazione astratta, ma all'interno del processo che l'ha generata e nel quale essa vive.⁹

Ciò appare particolarmente evidente nella materia dell'antiriciclaggio nella quale la V direttiva 843/2018, pubblicata in Gazzetta Ufficiale UE il 19 giugno 2018, a meno di un anno dalla precedente, e la VI direttiva 1673/2018, pubblicata in Gazzetta Ufficiale UE del 12 novembre 2018, a meno di cinque mesi dalla precedente, segnalano in modo palese la velocità con cui cambia lo scenario mondiale, imponendo ai legislatori tempi di reazione e adeguamenti normativi rapidissimi ed ai destinatari delle norme, indubbe difficoltà di

8 Sulla disciplina vigente cfr da ultimi, M. KROGH, *Gli obblighi e le nuove sanzioni antiriciclaggio nel D. Lgs.25 maggio 2017 n. 90*, in *Notariato*,2017, p.523; V. GUNNELLA, *L'adeguata verifica, quid novi?, relazione al convegno fiorentino del 5 dicembre 2017*, consultabile sul sito del Consiglio notarile di Firenze; A. SIMONE, *La responsabilità del notaio in materia di antiriciclaggio: aspetti civilistici e di rilevanza notarile*, *Riv. Notarile*, 1/2018, p.163.

9 Cfr. B. PASTORE, *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, Padova, 2014, p.1; R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Bologna, 1987, p.347 nota 6; P. GROSSI, *Uno storico del diritto in colloquio con Capograssi*, in *Riv. Int. Fil. Dir.*, 2006, p. 15 -17.

interpretazione ed applicazione.

Il tema delle fonti del diritto riguarda la individuazione del diritto ed è quindi uno dei problemi fondamentali di qualsiasi approccio all'esperienza giuridica, specialmente negli ordinamenti di *civil law* come quello italiano a base legislativa.

Come è noto, “fonte” è sostantivo impiegato per indicare gli atti o fatti idonei a creare (modificare o abrogare) regole suscettibili di valere come “diritto”¹⁰.

Al tempo della elaborazione del codice civile del 1942 il sistema delle fonti del diritto era concepito come un edificio neoclassico, un sistema avente proprie regole, una sua geometria, punti sicuri di riferimento, una diversificazione di efficacia formale costituente un dato indiscusso per i giuristi.

Nel 1948 la Costituzione ha rappresentato l'ulteriore gradino che completava la piramide consegnataci dall'art. 1 disp. Prel. al cod.civ.

Negli anni successivi il fenomeno della pluralizzazione e de-tipizzazione delle fonti del diritto è proseguito, sia al livello “primario” (si pensi alla decretazione d'urgenza, ai decreti delegati, alle leggi regionali e provinciali) sia al livello “secondario”, attraverso una tipologia assai variegata di regolamenti del Governo e delle “altre autorità” (cfr. art. 3 e 4 delle disp. prel. al cod. civ.) trasformando il vecchio edificio neoclassico in una costruzione barocca stracarica di figure non tutte inserite in modo armonico¹¹.

Come è avvenuto nel caso della normativa antiriciclaggio, l'irrompere della normativa europea ha infranto il monopolio costituzionale della disciplina delle fonti primarie ed ha prodotto effetti sull'intero ordinamento nazionale, fornendo discipline che, in vaste aree e sempre più, sostituiscono la disciplina interna o la vincolano a fini imposti.

La gerarchia delle fonti del diritto, descritta con la metafora della piramide, si mostra oggi incapace di rendere conto della articolazione pluralistica delle fonti, interne ed esterne. La gerarchia delle fonti, collocata a pilastro portante dell'edificio della modernità giuridica (intendendo con tale espressione il periodo che va dalla Rivoluzione francese del 1789 alla Costituzione repubblicana del 1948) ha oggi perso i suoi riscontri sul piano dell'effettività. Il vecchio articolo 1 delle preleggi galleggia in questo tempo senza radicazioni nell'ordinamento della Repubblica italiana.

La fase storica contemporanea esibisce piuttosto un arcipelago mobile di fonti in competizione tra loro; condizionato da percorsi di regolazione impressi da punti diversi che vedono la partecipazione di plurimi soggetti, esterni ed interni, all'ordinamento nazionale.

La piramide, metafora di quella “verticalità gerarchica” che sicuramente ha avuto una preminenza storica e culturale, consentendo organicità e compattezza al sistema delle fonti, in presenza di scalini della piramide affollati e sconnessi, appare sempre meno esauriente e neppure possibile, poiché inadeguata a rendere conto dell'articolazione pluralistica degli ordinamenti contemporanei.

La piramide tende a sgretolarsi ed assume consistenza il paradigma della “rete delle fonti”, che rinvia ad una realtà caratterizzata dalla interconnessione tra i vari nodi della rete, tra vari

10 L. CARLASSARE, *Fonti del diritto (dir.cost.)* in *Enc. Dir. Annali*, II, t.2, Milano, 2008, 536-537.

11 G. SILVESTRI, “*Questa o quella per me pari sono...*” *Disinvoltura e inquietezza nella legislazione italiana sulle fonti del diritto*, in *Le fonti del diritto, oggi. Giornate di studio in onore di Alessandro Pizzorusso*, Pisa, 2006, 173; F. MODUGNO, *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enc. Dir. Aggiornamento I*, Milano, 1997, 564.

soggetti e posizioni, in un gioco di reciproci intrecci, condizionamenti ed integrazioni¹². La giuridicità contemporanea appare un “concerto a più voci”.

L'emersione del nuovo paradigma della rete, tuttavia, non implica la sparizione del precedente modello, la piramide: entrambi sono compresenti e complementari¹³. La rete, però, consente di evidenziare nuove dinamiche di funzionamento delle organizzazioni giuridiche., caratterizzate da una condizione di relatività generalizzata. Lo Stato non è più la fonte esclusiva della sovranità, che peraltro, si dispiega su vari livelli, in relazione ai poteri pubblici (infra-statali, statali, sovra-statali), e si redistribuisce anche tra i poteri privati; le frontiere del fatto e del diritto si confondono; i poteri interagiscono; le delegazioni del potere normativo, come nel caso delle “regole tecniche”, si moltiplicano; si amplia il ruolo creativo della giurisprudenza; la positivizzazione giuridica risulta dall'attività di una pluralità di autori-interpreti, intenti ad adattare i testi giuridici alla particolarità dei vari contesti applicativi¹⁴.

La rete implica la presenza di una trama costituita di fili e nodi, uniti tra loro da legami che assicurano interconnessioni. Al tradizionale compito dell'interprete di estrarre norme da enunciati o disposizioni, si affianca quella di reperire la fonte stessa, che va costruita.

Il problema delle fonti del diritto e quello dell'interpretazione giuridica risultano quindi oggi strettamente connessi e non scindibili. L'uso delle fonti rinvia infatti alla loro ricerca ed individuazione, che diventano questioni di interpretazione ed applicazione del diritto.

3. Un soccorso epistemologico per il giurista-interprete tra identità del testo e varietà dei contesti. Letteralismo ed anti-letteralismo rappresentano le due opposte posizioni che si contendono il campo nella odierna teoria dell'interpretazione¹⁵.

Il letteralismo è il portato di una concezione formalistica e legalistica del diritto, propria della modernità giuridica ottocentesca e primo-novecentesca, secondo la quale l'interpretazione è un'attività dichiarativo-conoscitiva di un oggetto (la disposizione legislativa) perfettamente definito, avente un significato preconstituito, dato in maniera univoca nella sua lettera.

La seconda posizione – l'anti-letteralismo – rappresenta una reazione alla prima ed è il portato di una relativizzazione della legge quale fonte esclusiva del diritto ed elemento primario di un compiuto e completo sistema normativo applicabile a tutti i casi mediante operazioni puramente logiche, che escludono qualsiasi intervento valutativo da parte dell'interprete.

Il superamento di questa coppia opposizionale sopra richiamata (con la quale si raggruppano

12 Si pensi all'esperienza connessa al diffondersi delle autorità amministrative indipendenti. Le delibere del CICR, i regolamenti Consob, le istruzioni di vigilanza di Banca d'Italia, e persino i pareri resi da questi od altri organismi, anche quando non contengano una disciplina vincolante, non può certo dirsi che siano improduttivi di effetti giuridici o irrilevanti per il diritto. Al riguardo si veda il non recente saggio di A. PREDIERI, *L'eromprere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997, p.61 ss.

13 F. OST, *Dalla piramide alla rete: un nuovo modello per la scienza giuridica?* in M. VOGLIOTTI (cur.) *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Torino, 2008, p.32.

14 F. OST, *Dalla piramide alla rete: un nuovo modello per la scienza giuridica*, cit. p. 32, 37-38; M. G. LOSANO, *Diritto turbolento. Alla ricerca di nuovi paradigmi nel rapporto tra diritti nazionali e normative sovra-statali*, Riv. Int. Filosofia del dir., 2005, p. 425-429; G. CONTE-M. PALAZZO (a cura di), *Crisi della legge e produzione privata del diritto*, in *Biblioteca della Fondazione italiana del notariato*, 2/2018, Milano, 2018.

15 Cfr. B. PASTORE, *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, cit., p 52, ove ampie citazioni sulla letteratura contemporanea.

in verità posizioni anche molto diverse che non sempre è agevole portare a sistematicità) ha ricevuto impulso da una profonda revisione epistemologica che si è venuta a maturare in Europa a partire dagli anni Sessanta del Novecento.

“Ermeneutica” è il termine generale con il quale viene indicata una riflessione sulle operazioni di comprensione che hanno relazione con i testi e la loro interpretazione. L'ermeneutica giuridica che, per intenderci, potremo chiamare gadameriana¹⁶, con la sua attenzione all'attività svolta dall'interprete nella evoluzione giurisprudenziale del diritto (*Rechtsfortbildung*), ha reso esplicita da un lato la creatività, in certa misura ineliminabile del soggetto interpretante; dall'altro, l'esigenza di razionalità del suo operato, con riferimento alla accettabilità della decisione in un contesto unitario di senso, che contribuisce a controllare la discrezionalità interpretativa.

L'ermeneutica giuridica ha dunque operato il passaggio da un anti-formalismo occulto, basato su espedienti interpretativi, ad un anti-formalismo palese, teso ad inglobare il carattere normativo-creativo dell'interpretazione.

Per quel che interessa ai fini del nostro discorso fissiamo in breve sintesi le svolte innovative prodotte dalla revisione ermeneutica rispetto alla vecchia teoria dell'interpretazione legalistica.

Quella aveva tre scopi:

- collocare l'interpretazione/applicazione fuori dal processo di produzione del diritto, processo compiutamente *concluso e compiuto* nel momento della promulgazione del testo legislativo;
- concepire l'interprete tenuto alla semplice intelligenza del contenuto di una volontà o intenzione contenuta nel testo, riducendosi a mera presa d'atto, con totale distacco tra interprete e testo;
- eludere il problema, in realtà inevitabile, della frizione tra testo e vita, tra immobilità del comando fissato nel testo e mobilità del magma sociale cui il testo era destinato.

Il ripensamento ermeneutico richiama invece ad alcune “verità” (dal greco *ἀλήθεια*, ciò che non sta nascosto, ciò che si impone per il fatto di essere evidente) prima ignorate o rimosse:

- il testo non è affatto realtà autosufficiente, ma, al contrario, ha compiutezza solo con l'interpretazione/applicazione che, togliendo generalità ed astrattezza all'enunciato lo immerge nel concreto della storia quotidiana; proprio per questo “l'interpretazione /applicazione costituisce come la spiegazione e la comprensione un aspetto costitutivo

16 Hans – Georg Gadamer, (1900 – 2002), considerato uno dei maggiori studiosi dell'ermeneutica, afferma, muovendo dall'esistenzialismo di Martin Heidegger, che la comprensione non rappresenta una forma di conoscenza, ma un modo di essere dell'Esserci, per cui l'essere sviluppa la capacità del poter essere, del poter conoscere, del poter affrontare determinate situazioni. “La comprensione è il carattere ontologico originario della vita umana stessa”. Secondo Gadamer la conoscenza del senso di un testo normativo e la sua applicazione al caso giuridico non sono due atti separati, ma un unico processo. Gadamer rende esplicita dunque la inseparabilità del momento di produzione della norma dal momento dell'interpretazione/applicazione. Conseguentemente l'interpretazione non si esaurisce nella spiegazione di un testo concluso e indisponibile, ma è, piuttosto, intermediazione necessaria e vitale tra le proposizioni astratte della norma e la ineludibile concretezza storica che l'interprete ha di fronte. Per esprimerci con il lessico filosoficamente pregnante di Gadamer, Egli ritiene che il passaggio dalla ontologia della comprensione alla epistemologia dell'interpretazione generi la consapevolezza di dare in tal modo una risposta soddisfacente all'eterno problema che ha sempre tormentato i giuristi e cioè “la tensione che sussiste tra l'identità dell'oggetto e la mutevolezza delle situazioni in cui esso deve venir compreso”, quelle situazioni di cui solo percettore è il soggetto interpretante. In tal modo il perno del processo produttivo della norma non è più un testo immobile nella sua cartaceità, ma un soggetto chiamato a vivere il proprio tempo e ad immettersi in quel testo. Cfr. H. G. GADAMER, *Verità e metodo*, (1965), trad. it., di G. Vattimo, Milano, 2000, 307.

dell'atto interpretativo inteso come unità”¹⁷;

- l'interpretazione non è operazione meramente conoscitiva ma è, per l'appunto, comprensione, intermediazione tra il messaggio del testo cartaceo (sempre estraniato dal divenire) e l'attualità dell'interprete;
- l'interprete deve essere valorizzato quale attore primario con la sua operosità intermediativa.

Occorre, infine, dare atto di un ulteriore fattore di complessità posto dalla normativa antiriciclaggio agli operatori giuridici in genere ed ai notai in particolare. Una complessità che impone oneri interpretativi che eccedono la normale fatica del civilista. Il notaio chiamato ad ordinare la realtà che ha di fronte ricorre alle categorie tradizionali (le sintesi valutative cristallizzate dalla nostra tradizione scientifica). Anche quando non si arresta alla logica della sussunzione della fattispecie concreta nella previsione legale astratta, ma dialoga con l'enunciato legislativo, ripensando le categorie classiche per adeguare il testo immobile alla mutevole realtà, il notaio esaurisce il proprio lavoro ordinando la realtà in un testo giuridico, il contratto.

Nel caso della normativa antiriciclaggio siamo di fronte a un terreno giuridico che usa gli strumenti propri del diritto penale, fondato sulla valutazione della condotta umana assunta quale puro fenomeno del mondo reale, concreto, materiale. Un mondo che non è fatto di geometriche architetture concettuali, ma di realtà spesso opache, infide, brutali. Le tecniche operative del penalista e del civilista non coincidono, ma verso le regole del gioco del diritto penale ci ha costretto il sistema antiriciclaggio e con gli occhiali del penalista ci guardano i soggetti ai quali sono affidati i controlli sul rispetto della normativa in oggetto¹⁸. Detto in altre parole, il principio che domina la materia, confermato e rafforzato dal D. lgs. 90/2017, è “Know Your Client” (conosci il tuo cliente), principio che connota il primo degli obblighi antiriciclaggio, l'obbligo di adeguata verifica (nella sua forma ordinaria, semplificata o rafforzata).

Questo principio, in concreto, si traduce nell'obbligo di profilare il cliente e verificare se l'operazione o la prestazione professionale che deve essere svolta per suo conto è coerente con quella profilatura¹⁹, tenendo conto che si tratta di una normativa volta al contrasto del riciclaggio, al finanziamento del terrorismo ed ai reati fiscali legati alla corruzione. Questo implica che il contenuto degli obblighi antiriciclaggio non è sempre lo stesso ma varia a seconda del cliente e della prestazione professionale e deve essere calibrato in ragione del rischio di riciclaggio, di finanziamento del terrorismo, anche nelle nuove declinazioni di lotta all'evasione penalmente rilevante ed alla corruzione, sia pure secondo un principio di proporzionalità²⁰. Merita infatti sottolineare chela valutazione degli obblighi di adeguata

17 Cfr. H. G. GADAMER, *Verità e metodo*, cit. p.637.

18 Come osserva un penalista attento ai mutamenti in corso, F. GIUNTA, *Al capezzale del diritto penale moderno (e nella culla, ancora vuota, del suo erede)*, in *Criminalia, annuario di scienze penalistiche*, 2015, p. 386, “il perno della teoria del reato...finisce per diventare il giudizio di colpevolezza, mentre regredisce l'importanza del momento oggettivo, costituito dalla legalità formale, ossia da un giudizio non ancora condizionato da valutazioni di tipo personalistico.” Prende atto dello “espansionismo giurisprudenziale” anche sul versante penalistico, F. PALAZZO, *La scienza giuridica di fronte alla giurisprudenza (diritto penale)*, in *Riv. It.Sienze giuridiche*, nuova serie, 4,2013, p. 145 ss.

19 Cfr. M. KROGH, *Gli obblighi e le nuove sanzioni antiriciclaggio nel D. Lgs.25 maggio 2017 n. 90*, cit. p.523;

20 Cfr. il 27° considerando della IV direttiva ed il comma 2 dell'art. 2 del D. Lgs. 90/2017. Per un'ampia analisi cfr. M. KROGH, *Gli obblighi e le nuove sanzioni antiriciclaggio nel D. Lgs.25 maggio 2017 n. 90*, cit.

verifica deve tenere conto delle peculiarità dell'attività dei soggetti obbligati; l'estensione di questi doveri deve tenere conto, inoltre, dei “dati ed informazioni acquisiti o posseduti” nell'esercizio della propria attività professionale, non essendo legittime attività istruttorie o richieste imperative al cliente esorbitanti rispetto a quanto consentito dalle norme che regolano lo svolgimento dell'attività professionale. Il decreto di recepimento, come già previsto nel vecchio testo del D. Lgs. 231/2007, impone e consente al notaio esclusivamente l'acquisizione di “dati ed informazioni” ma non di documenti, salvo quelli pertinenti alla prestazione professionale per la quale è richiesto il suo ministero.

4. La portata normativa delle c.d. regole tecniche. Queste sintetiche riflessioni sui *fundamentalìa iuris* della complessa esperienza giuridica contemporanea ci consentono di mettere a fuoco con adeguata consapevolezza il ruolo e la portata normativa delle regole tecniche nella rete delle fonti del diritto.

Come è noto, alcune norme di rango primario del D. Lgs. 90 del 25 maggio 2017 risultano difficilmente applicabili in assenza di ulteriori indicazioni regolatorie: si pensi alla adeguata verifica semplificata, che viene enunciata ma non definita. Come ricordato in apertura (par.1), il decreto delegato 25 maggio 2017 n. 90 offre la possibilità di meglio calibrare gli obblighi antiriciclaggio alle specificità dei singoli destinatari. Gli artt. 11 comma 2, 15 comma 1 e 16 comma 2 delegano alle autorità di vigilanza (per i soggetti di area bancaria e finanziaria) e agli organismi di autoregolamentazione²¹ (per i professionisti), il compito di integrare la norma primaria e adeguarla alle specificità dei destinatari degli obblighi, mediante l'elaborazione delle cd. “Regole Tecniche” e l'indicazione di criteri e metodologie.

Le prime sono strutturate in forma precettiva, i secondi possono essere formulati in forma di griglie, tabelle o applicativi software.

Dispone infatti l'art. 11 comma 2:

2. Gli organismi di autoregolamentazione sono responsabili dell'elaborazione e aggiornamento di regole tecniche, adottate in attuazione del presente decreto previo parere del Comitato di sicurezza finanziaria, in materia di procedure e metodologie di analisi e valutazione del rischio di riciclaggio e finanziamento del terrorismo cui i professionisti sono esposti nell'esercizio della propria attività, di controlli interni, di adeguata verifica, anche semplificata della clientela e di conservazione

L'art. 15 comma 1, 2 e 4 precisa:

1. Gli organismi di autoregolamentazione dettano criteri e metodologie, commisurati alla natura dell'attività svolta e alle dimensioni dei soggetti obbligati, per l'analisi e la valutazione dei rischi di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo, cui sono esposti nell'esercizio della loro attività.

2. I soggetti obbligati, adottano procedure oggettive e coerenti rispetto ai criteri e alle metodologie di cui al comma 1, per l'analisi e la valutazione dei rischi di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo.

4. La valutazione di cui al comma 2 è documentata, periodicamente aggiornata e messa a disposizione degli organismi di autoregolamentazione, ai fini dell'esercizio delle rispettive

p.524/5.

21 La definizione stipulativa degli organismi di autoregolamentazione è contenuta nell'art. 1 comma 2, lettera aa) del decreto.

funzioni e dei rispettivi poteri in materia di prevenzione del riciclaggio e di finanziamento del terrorismo.

Infine dispone l'art. 16:

1. I soggetti obbligati adottano i presidi e attuano i controlli e le procedure, adeguati alla propria natura e dimensione, necessari a mitigare e gestire i rischi di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo, individuati ai sensi degli articoli e 15.

2. Gli organismi di autoregolamentazione, ai sensi dell'articolo 11, comma 2, individuano i requisiti dimensionali e organizzativi in base ai quali i soggetti obbligati, rispettivamente vigilati e controllati adottano specifici presidi, controlli e procedure per:

a) la valutazione e gestione del rischio di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo;
b) l'introduzione di una funzione antiriciclaggio, ivi comprese, se adeguate rispetto alle dimensioni e alla natura dell'attività, la nomina di un responsabile della funzione antiriciclaggio e la previsione di una funzione di revisione indipendente per la verifica delle politiche, dei controlli e delle procedure.

3. I soggetti obbligati adottano misure proporzionate ai propri rischi, alla propria natura e alle proprie dimensioni, idonee a rendere note al proprio personale gli obblighi cui sono tenuti ai sensi del presente decreto, ivi compresi quelli in materia di protezione dei dati personali. A tal fine, i soggetti obbligati garantiscono lo svolgimento di programmi permanenti di formazione, finalizzati alla corretta applicazione delle disposizioni di cui al presente decreto, al riconoscimento di operazioni connesse al riciclaggio o al finanziamento del terrorismo e all'adozione dei comportamenti e delle procedure da adottare.

Come precisato nella relazione governativa di accompagnamento allo schema di decreto legislativo trasmessa alla presidenza del Senato il 24 febbraio 2017, ai fini dell'espressione dei pareri da parte delle competenti commissioni parlamentari: “ Nel rispetto della direttiva comunitaria, la riforma prevede una norma specifica (articolo 11) per gli organismi di autoregolamentazione, chiamati anch'essi, infatti, come le autorità di vigilanza, ad intervenire nel processo di valutazione ed analisi del rischio per supportare i propri iscritti nella individuazione, comprensione, gestione e mitigazione dei rischi antiriciclaggio e di finanziamento del terrorismo, inerenti la categoria di appartenenza.”²²

Le Regole Tecniche e/o le indicazioni vincolanti hanno quindi la funzione di disciplinare, con maggior grado di dettaglio e più pregnante riferimento ai soggetti specifici per cui vengono emanate, procedure e metodologie di analisi e valutazione del rischio di riciclaggio e finanziamento del terrorismo, di controlli interni, di adeguata verifica, anche semplificata, della clientela e di conservazione. Ad esempio, la regola tecnica n. 4 definisce quali sono considerate idonee misure semplificate di adeguata verifica.

L'ordinamento pluralistico postmoderno conosce anche “norme leggere” (c.d. *soft law*), utilizzate in particolari settori per indirizzare l'attività dei soggetti destinatari, orientarne l'interpretazione, senza però imporre un determinato comportamento, spingendoli tuttavia verso un certo obiettivo. Si pensi agli orientamenti interpretativi dei consigli notarili in materia societaria o agli Studi e Pareri (sotto forma di risposta a quesiti) resi dall'Ufficio Studi del CNN.

Senza dubbio anche la *soft law* (regole effettivamente rilevanti benché prive di efficacia vincolante) costituisce uno dei fattori con i quali prende forma la normatività giuridica e ne

22 La Relazione governativa è consultabile sul sito del Senato, www.senato.it, atto del governo n. 389, XVII legislatura; il passo riportato si trova a p.5.

determina una riconsiderazione²³. In tale categoria rientrano Studi del Cnn²⁴, le Linee Guida e Direttive Interne adottate da ciascun professionista. In tale categoria rientravano probabilmente le linee guida in materia di adeguata verifica della clientela, emanate dal Cnn ai sensi dell'art. 7 comma 2 del Decreto Legislativo n.231, nell'aprile del 2014, anteriormente alle modifiche apportate dal decreto 90/2017²⁵.

Nel caso delle regole tecniche ed indicazioni vincolanti, previste dall'art. 11 comma 2, 15 comma 1 e 16 comma 2 del D.lgs 90/2017, è proprio la legge primaria che prevede una delega, attribuendo a tali fonti il compito di completare la normazione da essa prodotta, configurando un rinvio, mancando il quale la stessa legge sarebbe incompleta ed inapplicabile. Siamo quindi in presenza di una “gerarchia aggrovigliata”, nella quale l'organo inferiore (c.d. organismo di autoregolamentazione) che -secondo la logica gerarchica dovrebbe svolgere una funzione meramente passiva di recepimento- contribuisce, per espressa disposizione della norma primaria, insieme con l'organo superiore alla creazione della norma.

In questo caso siamo dunque al cospetto di fonti normative integrative della norma primaria, non a norme regolamentari subordinate e neppure ad ipotesi di *soft law*.

Alla fine, torniamo all'inizio del nostro discorso. Il diritto del ventunesimo secolo risulta connotato da una irriducibile complessità. L'uso delle fonti rinvia alla loro ricerca e individuazione e ciò richiede un esercizio interpretativo²⁶. L'interpretazione costituisce un aspetto interno alla dinamica delle fonti del diritto, continuando a rappresentare una delle chiavi di accesso privilegiate per rendere conto in maniera adeguata dell'articolazione attuale dell'esperienza giuridica.

Vincenzo Gunnella – Massimo Palazzo

23 Un puntuale riscontro della rilevanza ed effettività giuridica della *soft law* si ha nelle numerose decisioni giudiziali ed arbitrali che citano gli orientamenti notarili in materia societaria, quale luogo privilegiato dell'interpretazione del diritto commerciale contemporaneo, come diritto concretamente applicato che si affianca come un canale privato a quelli ufficiali, dando luogo a prassi uniformi.

24 Di notevole interesse una recente ordinanza della Cass. Civ. Sez. VI, n. 6718 del 19 marzo 2018, Pres. Frasca, est. Graziosi, che conferma la decisione del Trib. Cuneo n. 466 del 12 maggio 2016, che aveva escluso la responsabilità civile del notaio per una consulenza tributaria che aveva poi dato luogo ad un contenzioso. La Cassazione esclude la responsabilità del notaio in quanto si era conformato ad una circolare della agenzia delle entrate e ad uno Studio del Cnn.

25 Sia la regola tecnica n. 2 sia il parere del Comitato di sicurezza finanziaria del 18 settembre 2018, dettano una disciplina transitoria finalizzata a salvaguardare la vigenza delle “linee guida” in materia di adeguata verifica della clientela, stabilendo che “esse trovino applicazione per le parti non in contrasto con il d. lgs. 25 maggio 2017 n.90 e con le regole tecniche”.

26 Sul ruolo del notaio e sulla funzione notarile in questa fase dell'esperienza giuridica, sia consentito rinviare a M. PALAZZO, *I criteri di configurazione della responsabilità civile del notaio*, in *La funzione notarile al tempo di internet*, Milano, 2017, p.125 ss. Una lucida analisi della figura giuridica del notaio nello scenario economico globale è contenuta nelle pagine di C. LICINI, *Notai. Anche nel terzo millennio?*, Milano, 2010.