

CARLOS SUÁREZ GONZÁLES

RICICLAGGIO E MERITEVOLEZZA DI PENA: CONSIDERAZIONI
CRITICHE ALLA LUCE DELLA LEGISLAZIONE SPAGNOLA.*

*) Traduzione a cura del Dott. Antonio Cavaliere, dottorando in Diritto penale presso l'Università "Federico II" di Napoli.

1. L'allarme che negli ultimi anni si è destato in relazione al ricorso al meccanismo della circolazione dei capitali da parte delle grandi organizzazioni criminali, quale uno dei mezzi più idonei a permettere il lavaggio di danaro sporco, è abbondantemente noto. Questo meccanismo è divenuto lo strumento giuridico-economico per eccellenza a cui ricorrono tali organizzazioni, legate a diversi settori della criminalità - certamente, a quella relativa al traffico di stupefacenti, ma non soltanto -, al fine di riciclare l'ingente quantità di somme di danaro e beni che esse detengono quale frutto dell'attività illecita. La finalità che si persegue in questo modo non è altra se non quella di permettere di far affiorare il capitale illecitamente accumulato, e proveniente dalle zone 'oscuere' del tessuto sociale, affinché sia accettato dalla comunità¹, risultato che si cerca di conseguire mediante l'uso di uno strumento 'neutro' - la circolazione di capitali - senza il quale non potrebbe esistere, in pratica, la vita economica moderna². Vita economica che difficilmente può svolgersi in modo circoscritto ad un ambito territoriale delimitato e che si inserisce in un ordine economico mondiale, per cui l'importanza delle frontiere è in continua diminuzione. Questa realtà, unitamente al fatto che le forme delinquenziali a cui tradizionalmente si associa questo tipo di attività non operano neanch'esse in modo circoscritto ad un unico Paese, ha dato al fenomeno una trascendenza internazionale a tutti i livelli.

Su queste basi, che saranno oggetto di un ulteriore, successivo approfondimento, attualmente la dottrina prevalente evidenzia che i flussi finanziari del riciclaggio

1) Così FARIA COSTA, *El blanqueo de capitales*, in *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo, Jornadas en Honor al ProJ: Klaus Tiedemann*, Madrid, 14-18 ottobre 1992, p.4 (in corso di pubblicazione), che, inoltre, impiega l'espressione 'zone oscure' per riferirsi a quel "settore della società in cui, a causa dell'assenza di trasparenza o della 'procurata opacità', si realizzano le più diverse attività illecite" (nota 8).

2) Costituendo un apporto irrinunciabile al sistema economico moderno, la circolazione di capitali è un meccanismo 'neutro', in quanto può riflettere una relazione giuridica che abbia come origine una ricchezza socialmente legittimata, così come può costituire la base che permetta di giustificare una ricchezza. Evidenzia entrambi gli aspetti FARIA COSTA, *op.cit.* (nota 1), pp.5-6.

realizzano condotte disfunzionali e nocive per l'ordine economico³; data la loro ingente dimensione quantitativa, si sostiene che essi possono rappresentare "un coefficiente di rilevante pericolosità e contaminazione, nonché di destabilizzazione rispetto all'equilibrio ed all'ordinato funzionamento dei mercati finanziari ed alla credibilità e stabilità degli operatori di tali mercati"⁴.

Questa disapprovazione generale del fenomeno del riciclaggio si è tradotta non solo nell'approvazione di provvedimenti legislativi da parte di diversi paesi, ma anche nell'adozione di iniziative a livello internazionale, finalizzate a dare impulso ad una armonizzazione delle legislazioni dei vari Stati. Su questa linea si collocano la Convenzione delle Nazioni Unite del 1988, la Convenzione del Consiglio d'Europa del 1990 e la Direttiva 91/308 della Comunità Europea del 10 giugno 1991.

In questo contesto, i diversi provvedimenti legislativi approvati dai Paesi che intendono impedire il riciclaggio si proiettano in una duplice direzione. Da una parte, nel senso di costruire un cospicuo armamentario normativo, la cui finalità è quella di regolare nel modo più preciso possibile gli aspetti di diritto commerciale e tributario implicitamente collegati al movimento di capitali, nonché di istituire un controllo sugli operatori economici che intervengono nello stesso; in questa prospettiva, l'aforisma "*pecunia non olet*" e la tradizione del segreto bancario hanno progressivamente ceduto terreno a diversi tipi di interventi tendenti a controllare i movimenti di capitali⁵. Dall'altra parte, nel senso di ricorrere al diritto penale, creando nuove figure di reato e prevedendo sanzioni specifiche per questo tipo di criminalità che alcuni autori collocano nel settore della criminalità economica.

2.a. L'ordinamento giuridico spagnolo non è rimasto estraneo alla risposta legislativa che, indotta dagli organismi internazionali, è stata pro-

3) V. PECORELLA, *Circolazione del denaro e riciclaggio*, in *Riv.it.dir.proc.pen.* 1991, p.1221.

4) V. FLICK, *La repressione del riciclaggio ed il controllo della intermediazione finanziaria. Problemi attuali e prospettive*, in *Riv.it.dir.proc.pen.* 1990, p.1257; sulla stessa linea, AMMIRATI, *Il delitto di riciclaggio nel sistema bancario e finanziario ed internazionale*, Milano 1994, p.3ss.

5) V. FLICK, *op.cit.* (nota 4), p.1256.

gressivamente adottata negli altri Paesi⁶.

La legislazione spagnola, seguendo le orme di altri ordinamenti, ha affrontato anch'essa il problema da una duplice visuale. Da un lato, attraverso la introduzione di una legislazione specifica nel settore del diritto sanzionatorio amministrativo, e, dall'altro, mediante la creazione di diverse fattispecie penali alle quali si farà subito riferimento. Tuttavia, contrariamente a quanto sarebbe stato corretto, la risposta penale ha preceduto nel tempo quella di natura sanzionatoria amministrativa, e si è proiettata su condotte che, a causa della mancanza di una regolamentazione specifica, risultavano scarsamente controllabili nell'ambito economico-finanziario, vale a dire in quel contesto in cui è necessario incidere in via prioritaria, se si persegue la piena efficacia della norma penale.

Nella legislazione penale sono state operate due riforme destinate a far fronte al riciclaggio. La prima è stata realizzata attraverso la legge organica 1/88, del 24 marzo; la seconda è stata attuata dalla legge organica 8/92, del 23 dicembre. Entrambe hanno avuto luogo all'interno del codice penale, rifuggendo il legislatore dal ricorso alla tecnica della legislazione penale speciale, tecnica che, sebbene venga impiegata di consueto, nel settore della criminalità economica, in molti Paesi Italia, Germania, Francia e Portogallo -, offre più inconvenienti che vantaggi⁷. Come la dottrina ha posto in risalto, entrambe le riforme vengono realizzate, fondamentalmente, per

6) Così, per esempio, in Italia, il decreto legislativo n°385 del 1993, che approva il "Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia"; in Germania, la "Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität" (*OrgKG*) del 15/7/1992, che introduce il § 261 *StGB* (v. *infra*, par. II d).

7) Il criterio di politica criminale che presiede al ricorso, nel settore della criminalità economica, a leggi penali speciali, presenta, a mio avviso, due inconvenienti che ne consigliano l'abbandono: in primo luogo, tale 'legislazione speciale' agevola ed incentiva il ricorso alle cosiddette tecniche di neutralizzazione o discolpa, permettendo agli autori di tali fatti di presentarli come meno lesivi e gravi -e per questo "speciali"- rispetto a quelli propri della delinquenza "comune", regolata nel codice penale; d'altra parte, si è soliti sollevare agevolmente problemi interpretativi relativi al rapporto tra le leggi 'speciali' ed i principi generali racchiusi nel Libro I del codice penale. Su questo aspetto particolare, v. SUÁREZ GONZÁLES, *Orden económico y Derecho penal*, Ausbanc 1995, p.52.

adempiere a diverse richieste avanzate da distinte istanze internazionali⁸, il che viene confermato, per quanto riguarda la riforma del 1992, nella relazione illustrativa che l'accompagna. Fattore a cui va aggiunto, almeno per quanto concerne la prima delle riforme, quella del 1988, l'inidoneità dei precetti penali a quel tempo vigenti a fornire una risposta adeguata al concreto fenomeno criminoso del riciclaggio.

2.b. In effetti, la dottrina aveva evidenziato la lacuna esistente fino al 1988 in questa materia dal punto di vista penalistico. Da una parte, si sosteneva che l'inapplicabilità del reato di ricettazione propria (art.546bis lett. a) del codice penale spagnolo) al riciclaggio era, per i termini in cui il primo era stato costruito, manifesta, giacché tale norma si limita a sanzionare l'appropriamento di effetti di "reati contro i beni", che non ricorre nel traffico di stupefacenti e che raramente si realizza in altre manifestazioni del riciclaggio⁹. Inoltre, sebbene si riconoscesse la possibilità di applicare a queste condotte la fattispecie di favoreggiamento, consistente nel fatto di chi "aiuta i rei a trarre profitto dagli effetti del delitto o della contravvenzione" (art.17.1. del codice penale), la sua applicazione avrebbe lasciato impuniti, per mancanza di tipicità, condotte rilevanti (come ad esempio la ricettazione a catena)¹⁰. Ma anche i casi che rientrerebbero nell'ambito di questa fattispecie penale verrebbero puniti con pene minime o, quanto meno,

8) Lo afferma DíEZ RIPOLLÉS, *El blanqueo de capitales procedente del tráfico de drogas. La recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español*, in *Actualidad penal*, n°32/5- 11, settembre 1994, secondo cui è indiscutibile che la modifica operata nel 1988 si sia ispirata direttamente alle ultime bozze della Convenzione delle Nazioni Unite, approvata alcuni mesi dopo (p.590 e nota 29, con ulteriori riferimenti bibliografici e rinvii a fonti).

9) V. SILVA SÁNCHEZ, *La receptación específica*, in *Delitos contra la salud pública (Tráfico de Drogas)*, *Comentarios a la legislación penal. Tomo XIII*, Madrid 1990, p.481; DíEZ RIPOLLÉS, *La política sobre drogas en España a la luz de las tendencias internacionales. Evolución reciente*, in *ADPCP* 1987, p.395; DE LA MATA, *Límites de la sanción en el delito de receptación: la receptación sustitutiva y la teoría del mantenimiento. El artículo 546 bis f) del Código penal*, Madrid 1989, p.49, nota 9.

10) Così SILVA SÁNCHEZ, *op.cit.* (nota 9), pp.481-482, nota 11. Negli stessi termini si pronunciò la dottrina tedesca, ritenendo che i §§ 257 e 259 StGB (rispettivamente, favoreggiamento e ricettazione) fossero inapplicabili ai casi di ricettazione a catena attualmente abbracciati dal § 261: v. *infra*, par.IV, nota 78.

non proporzionate alla gravità che si ritiene mostri il riciclaggio¹¹.

Dati questi precedenti, la legge organica 1/1988, del 24 marzo, introduce all'interno della fattispecie di ricettazione (artt.546bis a) e seguenti del codice penale spagnolo) una nuova norma, l'art.546bis f), la cui chiara finalità è quella di tipizzare il riciclaggio di danaro proveniente dal traffico di stupefacenti.

L'articolo incrimina la ricezione, l'acquisizione e l'approfittamento, a favore proprio o di terzi, degli effetti o dei profitti derivanti da un reato di traffico di stupefacenti, quando se ne conosca la provenienza criminosa. La pena comminata per questi fatti comprende la privazione della libertà da sei mesi a sei anni, la multa da uno a cento milioni di *pesetas* e la confisca dei beni che siano serviti da strumento o che provengano dalla commissione del reato. Per di più, è previsto un aumento della pena privativa della libertà per i casi di abitualità, o di appartenenza ad un'organizzazione volta al riciclaggio, e si prevede anche la chiusura temporanea (fino a sei anni) o definitiva dell'istituto che sia stato utilizzato come strumento di riciclaggio, nonché l'interdizione dall'esercizio della professione od impresa per il responsabile dei fatti.

La dottrina ha prevalentemente valutato in modo positivo il fatto che il legislatore si sia discostato dal modello tecnico-giuridico della ricettazione¹². In tal senso, Díez Ripollés ha segnalato che questa opzione ha conseguenze rilevanti, giacché riflette la volontà di adattare tali condotte, con le variazioni necessarie, a "costruzioni giuridiche precedentemente esistenti e consolidate"¹³.

Certo è, tuttavia, che un'analisi comparativa dell'art.546bis f) e della cosiddetta ricettazione propria, di cui all'art.546bis a) e seguenti, mostra

11) Di questo avviso SILVA SÁNCHEZ, *op.cit.* (nota 9), p.482; sui rapporti tra gli artt.546bis e 17.1, cfr. DE LA MATA, *op.cit.* (nota 9), pp.44-48, che accoglie il parere della giurisprudenza; FARRÉ, *Casos limite entre encubrimiento y la receptacion*, in *ADPCP* 1988, pp.241ss.; v. anche BAJO FERNÁNDEZ-PÉREZ MANZANO, in BAJO-PÉREZ MANZANO-SUÁREZ GONZÁLES, *Derecho Penal, P.E. II*, Madrid 1993, p.484.

12) V. PRIETO RODRIGUEZ, *En torno a la Ley Orgánica de 24 de marzo de 1988 de reforma del Código Penal sobre tráfico ilegal de drogas*, in *Actualidad Penal* 1988, p.2410; DÍEZ RIPOLLÉS, *op.cit.* (nota 8), p.595, che parla di una "ricettazione specifica"; DE LA CUESTA ARZAMENDI, *El marco normativo de las drogas en España*, in *RGLJ* 1987, p.405; *contra*, DE LA MATA, *op.cit.* (nota 9), pp.49, 104.

13) *Op.cit.* (nota 8), p.590. A ragione DÍEZ RIPOLLÉS evidenzia che "non si tratta, pertanto, di una ricezione passiva delle norme internazionali, che potrebbe risultare disfunzionale per i principi che informano il nostro sistema giuridico" (p.590).

le differenze che le norme presentano nella loro struttura tipica, come la dottrina si è curata di mettere in evidenza¹⁴.

Si è argomentato, in primo luogo, partendo dal fatto che si tratta di fattispecie penali che accordano tutela a beni giuridici diversi. Mentre costituisce opinione ampiamente dominante che la ricettazione propria sia un delitto contro il patrimonio¹⁵, la concordia è minore in rapporto all'interesse tutelato nell'art.546bis f). Così, mentre alcuni Autori si distinguono chiaramente per il fatto di considerare come bene giuridico tutelato lo stesso del delitto da cui il fatto trae causa, che, essendo in questo caso il traffico di droga, si concreterebbe nella salute pubblica¹⁶, altri fanno riferimento all' "interesse dello Stato allo sradicamento del traffico di sostanze tossiche, stupefacenti e sostanze psicotrope", cioè, in senso ampio, all'amministrazione della giustizia¹⁷; non mancano, poi, autori che parlano di un "bene

14) Un'analisi comparata si trova in SILVA SÁNCHEZ, *op.cit.* (nota 9), *passim*; DE LA MATA, *op.cit.* (nota 9), *passim*; DÍEZ RIPOLLÉS, *op.cit.* (nota 8), pp.590-595.

15) DE LA MATA, *op.cit.* (nota 9), p.21ss.; MARTOS NUÑEZ, *El delito de receptación*, Madrid 1985, p.182; MUÑOZ CONDE, *P.E.*, 9ª ed., p.356; BAJO FERNÁNDEZ-PÉREZ MANZANO, in BAJO-PÉREZ MANZANO-SUAREZ GONZÁLES, *Derecho Penal, P.E.*, II, 483, che segnalano come il bene giuridico protetto sia lo stesso del reato-presupposto sul quale si proietta. Questa è anche l'opinione dominante nella dottrina tedesca: v., per tutti, Ruß, *LK*, 10ª ed., § 259, *Rdn.1*, con ulteriori riferimenti bibliografici. Senza mettere in discussione il chiaro carattere di delitto contro il patrimonio che il reato di ricettazione presenta nella maggioranza delle legislazioni, concordo con VIVES ANTÓN, *AA.VV., P.E.*, Valencia 1993, p.799, nel ritenere che ci troviamo davanti ad un reato *plurioffensivo*, in cui, accanto alla lesione di aspetti patrimoniali, ha luogo un'aggressione nei confronti dell'amministrazione della giustizia (ritiene che sia l'amministrazione della giustizia il bene giuridico protetto QUERALT, *P.E.*, 2ª ed., Barcellona 1992, p.262). Ovviamente, il problema sorge, nel nostro diritto positivo, al momento di delimitare la fattispecie della ricettazione da quella del favoreggiamento, di cui all'art.17.1. c.p. spagnolo. Però a quest'esigenza interpretativa non può avviarsi adducendo una differenza tra i beni giuridici tutelati, quando questa non è deducibile dagli stessi termini della legge.

16) GONZÁLES RUS in *AA.VV., Manual de derecho penal, P.E.*, II, *Delitos contra la propiedad*, Madrid 1992, p.373. ZARAGOZA AGUADO, *El blanqueo de dinero. Aspectos sustantivos. Su investigación*, in *El encubrimiento. La receptación y el blanqueo de dinero. Normativa comunitaria. Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid 1994, p.114.

17) Così VIVES ANTÓN, *op.cit.* (nota 15), p.805, che, in modo indiretto, riconosce conseguentemente anche la salute pubblica come bene tutelato. Sulla stessa linea si è pronunciato SILVA SÁNCHEZ, *op.cit.* (nota 9), p.481. Da parte sua, GOMEZ PAVÓN, *El bien jurídico protegido en la receptación, blanqueo de dinero y encubrimiento*, in *CPC* n°53, 1994, p.459ss., instaurando un parallelo con la fattispecie di cui all'art.17.2, rileva che il bene giuridico protetto è l'amministrazione della giustizia.

giuridico collettivo, incentrato sulla protezione dell'ordine socioeconomico"¹⁸. Salvo tornare in seguito più approfonditamente su questo punto, è certo che la dottrina non ritiene che il disvalore d'evento contemplato dall'art.546bis f) sia coincidente con quello della ricettazione propria¹⁹.

Dal punto di vista dell'analisi degli elementi tipici, un sommario esame mostra che il nucleo della fattispecie coincide con quello della ricettazione propria e consiste in un'azione di approfittamento -conseguimento di un lucro-, sebbene come ha segnalato Díez Ripolléz, sembra che il legislatore abbia indicato un concetto ampio di approfittamento che permette di includere ogni vantaggio o beneficio economico, in quanto costituisca una disponibilità²⁰. Il profitto può essere proprio o *a favore di un terzo*, convertendosi, così, in autori del fatto tipico coloro che, se non fossero stati inclusi, sarebbero risultati partecipi della ricettazione, dal momento che il terzo che trae profitto dagli effetti o proventi sarebbe, *per se*, autore di una ricettazione²¹.

Per quel che concerne l'oggetto dell'azione, l'art.546bis f) presenta, a sua volta, differenze in relazione alla ricettazione propria. Insieme agli "effetti" provenienti dal reato che possono essere oggetto di approfittamento, vengono inclusi anche i "proventi". Tale inclusione ha dato modo di sostenere che la nuova figura delittuosa comprende casi di "ricettazione sostitutiva", cioè casi in cui un soggetto ricetta un oggetto che non è quello direttamente proveniente dalla violazione commessa, ma è il frutto di un'operazione commerciale che ha come base l'oggetto ottenuto con la precedente violazione²². Secondo la dottrina dominante, questi casi di ricettazione erano da considerarsi inclusi nella ricettazione propria, in base a due ordini di considerazioni: da un lato, partendo da un'interpretazione grammaticale

18) DÍEZ RIPOLLÉZ, *op.cit.* (nota 8), pp. 595-596

19) V. *infra*, par.IV

20) *Op.cit.* (nota 8), p.591. Sull'eventuale collisione tra l'art.546 bis f) e l'art.17, nn°1 e 2, trattandosi dei casi di favoreggiamento reale retribuito, ritengo che si tratti di due norme che si *sovrappongono*, dovendosi riscontrare, di conseguenza, una relazione di alternatività, da risolversi secondo l'art.68 c.p. spagnolo; di altra opinione SILVA SÁNCHEZ, *op.cit.* (nota 9), p.490, che ravvisa una relazione di specialità a favore dell'art.546 bis f).

21) Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, *Los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Estudio de las modificaciones introducidas por la Ley orgánica 1/1988, de 24 de marzo*, Madrid 1989, p.95.

22) DE LA MATA, *op.cit.* (nota 9), p.50, con un'analisi minuziosa dei diversi casi di ricettazione cd. sostitutiva.

della fattispecie, si è rilevato che il termine “effetti” dev’essere inteso come sinonimo di prodotti *direttamente* ottenuti attraverso il reato²³. In un’altra ottica, si sostiene che un corretto intendimento del contenuto di illecito del delitto di ricettazione impedirebbe di includere nella fattispecie relativa questi casi di ricettazione sostitutiva. Se si accoglie la teoria del consolidamento come fondamento della ricettazione -come fa la dottrina dominante- e si ammette che l’attività di ricettazione debba aggiungere una nuova difficoltà di recupero per il titolare degli oggetti, il che vuol dire che con la ricettazione si aggiunge un nuovo ostacolo all’esercizio di un diritto da parte del titolare, in questi casi l’ulteriore impedimento non ricorrerebbe²⁴. Più difficile è, tuttavia, stabilire se la nuova fattispecie penale di cui all’art.546bis f) dia spazio alla cosiddetta ricettazione a catena o ricettazione della ricettazione, condotta abituale nel lavaggio di danaro sporco e fonte di contrasti nella dottrina²⁵. Sebbene la ricettazione a catena si consideri punibile in base all’art.546bis a)²⁶, conformemente ad un’interpretazione teleologica dell’art.546 bis f) non sembra che vi siano inconvenienti nel sanzionare questi fatti. Anche se la fattispecie di cui all’art.546 bis f) presenta, nella sua *configurazione tecnica*, una certa concordanza con il delitto di ricettazione, difficilmente può sostenersi che si tratti di una ricettazione specifica²⁷. In quest’ottica, come segnala Silva Sánchez, la possibilità di sanzionare la ricettazione a catena attraverso l’art.546bis f) sarebbe in armonia con la finalità della riforma, essendo le seconde o terze ricettazioni quelle

23) V. BAJO FERNÁNDEZ-PÉREZ MANZANO, in BAJO-PÉREZ MANZANO-SUÁREZ GONZÁLES, *Derecho Penal, P.E. II*, p.486. Ritengo, tuttavia, che abbia pienamente ragione Vives Antón quando segnala che il concetto di “effetti”, alla luce dell’art.48 c.p. spagnolo e degli artt.334 e 335 *L.E.crim.* è più ampio di quello che ammette la dottrina dominante (AA.VV., *Derecho Penal, P.E.*, Valencia 1993, p.802). Di conseguenza, non sembra che l’interpretazione grammaticale costituisca un argomento convincente per escludere dall’ambito di applicazione della fattispecie queste ipotesi.

24) Un’analisi esaustiva di questa teoria e dei suoi sostenitori si trova in DE LA MATA, *op.cit.* (nota 9), pp.3-37. In quest’ottica risulta convincente escludere la ricettazione sostitutiva dall’ambito delle condotte rilevanti *ex art. 546 bis a)* e ss., anche se rimane incerta la necessità di punire autonomamente queste condotte.

25) In senso negativo, DÍEZ RIPOLLÉS, *op.cit.* (n.8), p.594; in senso favorevole, SILVA SÁNCHEZ, *op.cit.* (nota 96), pp.486-489, 495-496.

26) Come ricorda SILVA SÁNCHEZ, *op.cit.* (nota 9), p.487, ciò che si discute è se la seconda ricettazione vada riferita al fatto principale o alla prima ricettazione.

27) V. *infra*, par.IV b).

rilevanti agli effetti del riciclaggio di fondi²⁸.

Infine, va sottolineata come una nota tra le più caratteristiche la circostanza che nel nuovo reato introdotto dalla riforma del 1988 non vale il principio di proporzionalità -essenziale nel delitto di ricettazione-, secondo cui non si può superare la pena prevista per il delitto occultato²⁹; ciò comporta che, in alcuni casi, si possa imporre una pena superiore a quella prevista per le fattispecie-base che fungono da reati-presupposto³⁰.

2.c. La seconda riforma in materia di riciclaggio, all'interno del codice penale spagnolo, è stata operata con la legge organica 8/1992, del 23 dicembre, e contempla la modificazione di alcune norme esistenti, relative al delitto di traffico di stupefacenti, nonché l'introduzione di altre, nuove fattispecie³¹.

La riforma viene giustificata, nella Relazione illustrativa, in quanto ineludibile al fine di attuare le disposizioni della Convenzione delle Nazioni Unite del 1988, la Direttiva della Comunità Europea del 1991 ed il Trattato di Schengen.

Come ricorda Díez Ripollés, massimo commentatore della riforma, essa sembra mostrare che il legislatore ritenga che l'introduzione dell'art.546bis f) non abbia aggredito tutti gli aspetti del riciclaggio, anche se non si arriva mai ad enunciare in concreto quali possano essere i casi che diano luogo ad inammissibili lacune tali da giustificare la riforma³².

La svolta operata dal punto di vista politico-criminale salta in luce in confronto con la riforma operata nel 1988: riprendendo le parole di Díez

28) *Op.cit.* (nota 9), p.488.

29) Lo evidenzia DÍEZ RIPOLLÉS, *op.cit.* (nota 8), p.608. Anche se ancora una volta manca l'individuazione di che cosa giustifichi questa rottura del principio di proporzionalità, soprattutto se si ritiene che si tratti di una "ricettazione specifica", come sostengono alcuni autori.

30) Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, *op.cit.* (nota 8), p.594.

31) In concreto, sono stati modificati gli artt.344bis a), c), d) ed e) e sono stati introdotti gli artt.34 bis g), h), i), j) e k).

32) *Op.cit.* (nota 8), p.601, con un esame dettagliato (in nota 77) dei precedenti legislativi che giustificarono la riforma. Cfr. anche FABIÁN CAPARRÓS, *Consideraciones de urgencia sobre la L.O. 8/1992, de 23 de diciembre, de modificació del Código Penal y de la*

Ripollés, “non si tratta semplicemente di un accoglimento senza riserve delle proposte internazionali, ma di un’assoluta rinuncia a qualsiasi intento di utilizzare concetti giuridici propri del nostro ordinamento giuridico, ed anche dell’ambito giuridico europeo al quale apparteniamo, per introdurre esigenze internazionali nel nostro diritto penale”³³.

La riforma è stata definita in forma grafica, a ragione, come una “colonizzazione giuridica”³⁴ che ci pone davanti ad alcune norme ripetitive e carenti dal punto di vista tecnico³⁵.

Anche l’ambito di applicazione dei nuovi precetti va al di là delle raccomandazioni dei testi internazionali. In tale direzione, si amplia la sfera del punibile, introducendo, all’art.344**bis** h), n°3, la punizione di determinate condotte imprudenti di riciclaggio, ben al di là delle raccomandazioni della Convenzione del Consiglio d’Europa³⁶. Le ripercussioni che una norma con queste caratteristiche ha, in materia di vincibilità dell’errore, per gli operatori degli enti creditizi risultano di tutta evidenza³⁷.

E’ necessario riconoscere che, come è stato messo in evidenza, le nuove norme elevano alla categoria di reato autonomo dei casi di favoreg-

Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas, in ADPCP 1993, p.558ss.; PRIETO RODRÍGUEZ, *El delito de tráfico y el consumo de drogas en el ordenamiento jurídico penal español*, Pamplona 1993; DE LA CUESTA ARZAMENDI, *Características de la actual política criminal española en materia de drogas*, in *La actual política criminal sobre drogas. Una perspectiva comparada*, a cura di DÍEZ RIPOLLÉS e LAURENZO COPELLO, Valencia 1993.

33) *Op.cit.* (nota 8), pp.60-602.

34) Colui che ha coniato questa espressione, DÍEZ RIPOLLÉS, la definisce come “il processo in virtù del quale un determinato Stato incorpora in modo meccanico al suo ordinamento i suoi alleati internazionali, senza scomodarsi a procurarne l’adeguata integrazione nella loro peculiare configurazione costituzionale e legislativa ordinaria”, *op.cit.* (nota 8), p.602.

35) *Op.cit.* (nota 8), p.602.

36) La Convenzione del Consiglio d’Europa non rende estensibile la punizione dell’imprudenza alle condotte di occultamento e favoreggiamento, ma esclusivamente all’ignoranza della provenienza illecita dei beni, come fa il § 261 StGB.

37) Si fa carico di questa problematica PÉREZ MANZANO, *El tipo subjetivo en los delitos de receptación y blanqueo de dinero*, in *El encubrimiento. La receptación y el blanqueo de dinero. Normativa comunitaria Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid 1994, p.242ss.

giamento³⁸. In questo senso, all'interno dell'articolo 344*bis h*) la fattispecie-base sembra costituita dal n°2, in cui si punisce chi "occulta o dissimula la natura, origine, ubicazione, destinazione, il movimento o la proprietà reali di beni o diritti... sapendo che provengono da alcuni dei reati menzionati negli articoli precedenti o da un atto di partecipazione agli stessi"³⁹. L'art.344*bis h*) n°1, prima variante, tipizza e punisce il tentativo di tale condotta. A sua volta, l'art.344*bis h*) n°1, seconda variante, costituisce la tipizzazione autonoma del tentativo specifico di favoreggiamento personale (realizzare un atto o partecipare allo stesso "con l'obiettivo di aiutare qualunque persona che partecipi alla commissione di tali delitti ad eludere le conseguenze giuridiche delle sue azioni...")⁴⁰.

L'art.344*bis i*) contempla una modalità di condotta di difficile inquadramento. Un settore della dottrina è incline a ritenere che si tratti di una forma di ricettazione, in cui le modalità di approfittamento consistono nell'acquisizione, possesso o utilizzazione dei beni⁴¹. Tuttavia, come ha evidenziato Queralt Jiménez, la fattispecie non esige in alcun modo un approfittamento, il che rende difficile la sua collocazione sistematica⁴².

A questo quadro normativo va aggiunto quanto disposto dall'art.344*bis h*) n°1, terza variante, che, come segnala Díez Ripollés, costituisce un riflesso delle imperfezioni tecniche della riforma: il legislatore trascrive male i testi internazionali e finisce per punire nuovamente condotte che già erano punibili come ipotesi di partecipazione propria ai reati di traffico di stupefacenti⁴³.

La conclusione non può essere altra che una valutazione negativa

38) V. DÍEZ RIPOLLÉS, *op.cit.* (nota 8), p.603.

39) Non condividiamo l'idea di DÍEZ RIPOLLÉS, *op.cit.* (nota 8), p.603, secondo cui si tratta di un caso di ricettazione specifica. Al concetto di ricettazione è coesistente l'*animus lucri*, che non è in alcun modo richiesto dall'art.344*bis h*).

40) Di altra opinione DÍEZ RIPOLLÉS, *op.cit.* (nota 8), p.605.

41) DÍEZ RIPOLLÉS, *op.cit.* (nota 8), p.605; MUÑOZ CONDE, *P.E.*, 9ª ed., p.506.

42) V.QUERALT JIMÉNEZ, *La reforma penal y procesal en materia de tráfico de drogas. Jueces para la democracia*, 1992, pp.115ss.

43) *Op.cit.* (nota 8), p.606. Certamente non ha molto senso che l'art.344*bis h*) punisca autonomamente chi realizza un atto di partecipazione ai reati di traffico di stupefacenti. Sarebbe stato corretto, come indica quest'autore, che si punisse la conversione o il trasferimento di beni "che provengano da un atto di partecipazione..".

della riforma⁴⁴. Dando ragione ancora una volta a Díez Ripollés, la riforma ha dato luogo alla creazione di due articoli tecnicamente scorretti e dommaticamente molto discutibili, in quanto comportano la tipizzazione indipendente di ipotesi di partecipazione nei reati di traffico di stupefacenti, nonché la punizione autonoma di determinate condotte di favoreggiamento reale allo stadio del tentativo e la punizione di condotte imprudenti riferite a condotte di occultamento o anche di tentativo di occultamento⁴⁵. E ciò dimenticando di ampliare la punizione a ipotesi di riciclaggio relative ad altre attività che non siano quelle di traffico di stupefacenti - come il traffico di armi -, che, partendo dalle coordinate politico-criminali in cui si muove il legislatore, mostrano la stessa rilevanza. Da questo punto di vista, questa seconda riforma può considerarsi giustamente criticata dalla dottrina.

Critica è, in parte, anche la valutazione che merita il trattamento che a questa problematica dispensa il recente Progetto di Codice penale del 1994, che, seppure migliora la regolamentazione del Progetto del 1992, continua a partire da alcune discutibili linee di politica criminale favorevoli ad una punizione autonoma di queste condotte, e presenta serie carenze, riproducendo, quasi alla fine della lettera relativa, l'attuale formulazione dell'art.344*bis h*). Certo è che esso contiene alcuni miglioramenti che è opportuno rilevare, come quello riguardante l'ubicazione sistematica, nella misura in cui il Progetto pone fine alla duplicità della disciplina, attualmente divisa tra la ricettazione ed il traffico di stupefacenti, e riordina la materia dei divieti esclusivamente nell'ambito della ricettazione (artt.301ss. c.p. spagnolo). Ma nel Progetto si continua a distinguere in modo sommamente discutibile tra i reati di ricettazione (reati contro il patrimonio e contro l'ordine socio economico, Titolo XII) e l'occultamento di reati (artt.428ss. del Titolo XVII, Reati contro l'amministrazione della giustizia)⁴⁶. Dal punto di

44) Così, a ragione, DÍEZ RIPOLLÉS, *op.cit.* (nota 8), p.608.

45) *Op.cit.* (nota 8), p.608.

46) Una disciplina in un titolo unico di tutti i casi di favoreggiamento e ricettazione, secondo il modello del codice penale tedesco (§§ 257-262), eviterebbe i problemi interpretativi di delimitazione che la regolamentazione separata porta con sé. In questo senso, anche se nell'art.428 n°1 del Progetto del 1994 la fattispecie di favoreggiamento nei confronti degli esecutori del fatto, affinché beneficino del prodotto, richiede l'assenza del fine di lucro, nel numero 2 si continua a punire chi occulta o rende inservibile il corpo, *gli effetti o gli strumenti di un reato per impedirne la scoperta*.

vista di coloro che vedono la necessità di punire queste condotte, il Progetto va valutato positivamente anche nella misura in cui amplia la punizione al riciclaggio effettuato in relazione a tutti i reati gravi e non solo a quello che ha origine in alcuni reati riguardanti il traffico di stupefacenti, anche se il Progetto esaspera ingiustificatamente la repressione quando si tratta di traffico di stupefacenti (art.341.1 par.2). Inoltre, si correggono alcune delle lacune dell'attuale art.344*bis h*), evitando duplicità non necessarie. Ma detto questo, resta il fatto che il Progetto segue la linea tracciata nel 1992, di punire in modo autonomo il tentativo di ricettazione ed il tentativo di occultamento, o in modo generalizzato, l'imprudenza grave -che nemmeno ora viene limitata ai casi in cui si disconosca la provenienza illecita degli oggetti-, aspetti, tutti questi, estremamente discutibili.

3. Oltre alle misure di indole penale contenute nella Direttiva comunitaria del 1991, per fare fronte al riciclaggio la Direttiva stessa contiene una serie di misure tendenti ad impedire le transazioni finanziarie sospette di trovarsi in qualche relazione con il riciclaggio.

Per quanto concerne gli enti creditizi, l'adozione di meccanismi di prevenzione si era già riflessa nell'approvazione, da parte di una rappresentanza dei paesi membri del Gruppo dei Dieci, della Dichiarazione di Basilea del 1988, con cui si erano fissati alcuni codici di comportamento che le banche devono rispettare al fine di garantire che il sistema finanziario non sia utilizzato per far circolare fondi di origine criminosa.

Con un carattere esclusivamente amministrativo sanzionatorio, è stata approvata in Spagna la Legge 19/1993, del 28 dicembre, "su determinate misure di prevenzione del riciclaggio", che costituisce la trasposizione formale della Direttiva 91/308/CEE del Consiglio della Comunità Europea, il cui contenuto fondamentale relativo agli enti finanziari si trova riflesso nel capitolo I della norma.

Il contenuto della legge consiste fondamentalmente nell'imposizione di obblighi amministrativi d'informazione e collaborazione (nonché nel sanzionarne l'inadempimento) a carico di persone ed enti del sistema finanziario -enti creditizi, istituti assicurativi, società ed agenzie finanziarie ecc.-, anche se la legge stabilisce la sua applicazione (art.2.2.) anche ad altre attività professionali particolarmente suscettibili di essere utilizzate per il riciclaggio, seppure tali attività non mostrino una natura puramente finanziaria - casinò, persone ed enti che esercitano attività di promozione immobiliare o di compravendita di immobili - oppure a tutte quelle attività indicate con apposito regolamento.

Agli effetti della legge, per riciclaggio si intende (art.1) l'“utilizzo, conversione o trasferimento di beni che provengano da alcune delle attività...” relative a sostanze tossiche, stupefacenti o sostanze psicotrope, o di attività criminose legate a bande armate, organizzazioni o gruppi terroristici, o, infine, di attività criminose realizzate da bande o gruppi organizzati.

Gli obblighi imposti (art.3) comprendono un ampio ventaglio: identificazione dei clienti, sia al momento dell'inizio del rapporto, sia quando realizzano qualsiasi operazione; esame delle operazioni che per loro natura potrebbero essere collegate al riciclaggio; collaborazione col Servizio esecutivo della Commissione per la prevenzione del riciclaggio e di infrazioni valutarie, che si concreta nell'obbligo di comunicare ogni operazione che si presuma possa essere collegata al riciclaggio e nella consegna al Servizio esecutivo dell'informazione che questo solleciti; non esecuzione di operazioni rispetto alle quali esistano indizi che possano essere collegate al riciclaggio; non rivelazione delle informazioni trasmesse né al cliente né a terzi; istituzione di procedimenti ed organi di disciplina interna necessari per prevenire la realizzazione di operazioni connesse al riciclaggio; adozione di misure necessarie perché gli impiegati degli enti siano informati degli obblighi stabiliti dalla legge.

Da parte sua, l'art.4 stabilisce una “esenzione dalla responsabilità” in relazione alla violazione del segreto bancario. Affinché non venga violato il segreto bancario a cui è obbligato ogni istituto finanziario, si stabilisce che la comunicazione di buona fede delle informazioni ottenute non costituirà violazione di tale segreto, non incorrendo, così, in alcuna responsabilità gli enti obbligati ed i loro dirigenti ed impiegati. Tuttavia, è necessario constatare l'inesistenza di norme che - a differenza del segreto professionale - sanciscano espressamente il segreto bancario come obbligo rafforzato dal carattere imperativo⁴⁷. Peraltro, si ammette che il segreto bancario co-

47) V. MARTIALAY MAISONNAVE, *El secreto bancario*, in *Derecho del Mercado financiero*, Vol.2, p.43ss.; lo sottolinea anche il *Tribunal Constitucional*, sentenza del 26 novembre 1984. Un divieto di rivelare dati relativi ai clienti si trovava espressamente contenuto nell'art.23 dello Statuto della Banca di Spagna, approvato con decreto del luglio 1947, a cui ha derogato la legge 13/1994, del 1 giugno, sull'autonomia della Banca di Spagna, che restringe l'obbligo del segreto agli organi dirigenti, nonché al rimanente personale della Banca emittente (art.6). D'altra parte, si deve considerare che l'art.111.3 della Legge generale tributaria dispone che l'inadempimento degli obblighi di fornire all'erario informazioni tributarie su terzi non potrà giustificarsi opponendo il segreto bancario.

stituisce un uso negoziale, basato sulla reciproca fiducia e sulla buona fede su cui poggiano le relazioni tra le banche ed i loro clienti, ed il cui fondamento risiederebbe nell'equiparazione al diritto alla riservatezza del cliente riconosciuto nell'art.18.1 della Costituzione⁴⁸; di conseguenza, la sua lesione potrebbe dar luogo all'esercizio delle corrispondenti azioni legali, chiaramente non penali.

Correlativamente all'imposizione di obblighi la Legge stabilisce un regime di infrazioni e sanzioni.

Nel capitolo concernente le infrazioni (art.5), si distingue tra infrazioni gravi e molto gravi, includendosi tra le prime l'inadempimento degli obblighi relativi all'identificazione del cliente, all'esame delle operazioni sospette di riciclaggio, alla collaborazione con il Servizio esecutivo, il non astenersi dal realizzare determinati tipi di operazioni prima di comunicarle, nonché l'inadempimento degli obblighi di carattere informativo.

Tra le infrazioni molto gravi (art.5.3) si includono: la rivelazione al cliente o a terzi del fatto che si è informato di determinate operazioni il Servizio esecutivo, o che si sta procedendo all'esame di determinate operazioni che potrebbero essere legate al riciclaggio; l'omessa comunicazione al Servizio esecutivo delle operazioni effettuate regolarmente; l'omessa comunicazione al Servizio esecutivo dell'esistenza di una operazione legata al riciclaggio di cui sia informato l'organo di controllo interno dell'ente; l'omessa immediata comunicazione al Servizio esecutivo dell'informazione che esso solleciti; la commissione di qualunque infrazione grave, quando durante i cinque anni precedenti l'infrattore sia stato condannato con sentenza irrevocabile per un delitto di traffico di stupefacenti, oppure, sempre con provvedimento definitivo, per due infrazioni amministrative in materia di prevenzione del riciclaggio.

Per quanto riguarda il capitolo concernente le sanzioni (art.8), queste vanno dalla revoca dell'autorizzazione amministrativa all'esercizio del-

48) V. MARTIALAY MAISONNAVE, *op.cit.* (nota 47), p.45; sent. *Tribunal Constitucional* 26 novembre 1984. Al contrario, il segreto professionale si trova espressamente riconosciuto nell'art.24.2 della Costituzione. Come diritto che attiene alla riservatezza, il segreto bancario sarebbe rinvenibile nella Legge organica 1/1982, del 5 maggio, sul diritto all'onore, alla riservatezza personale e familiare ad alla propria immagine (V. MARTIALAY, *op.cit.* (nota 47), p. 49ss.).

l'attività a diversi tipi di ammonizioni, e, ovviamente, alla multa. La quantità minima è di cinque milioni di *pesetas*, mentre il massimo può arrivare fino al cinque per cento dei ricavi dell'istituto o al doppio dell'importo economico dell'operazione o a duecentocinquanta milioni di *pesetas*.

Il tipo di sanzione che viene applicato in funzione della gravità dell'infrazione ricade non solo sull'istituto obbligato in quanto tale, ma anche su coloro che esercitano al suo interno incarichi di amministrazione o direzione, sia che si tratti di persone, sia che si tratti di organi collegiali, quando abbiano agito dolosamente o negligenemente (art.7).

Per quanto si riferisce agli aspetti procedurali, la stessa Legge evidenzia che, qualora i fatti costituiscano reato, il procedimento sanzionatorio sarà sospeso fino a quando siano accertate le responsabilità penali (art.6). Per quanto concerne il procedimento sanzionatorio, la Legge stabilisce (art.12) che la sua esecuzione e pubblicità avrà luogo conformemente a quanto previsto nelle leggi speciali applicabili ai distinti soggetti obbligati, e, in mancanza di esse, secondo quanto stabilito nella legge 26/1988, del 29 luglio, in materia di disciplina ed intervento degli Istituti di credito.

Una delle novità più importanti della legge consiste nella creazione della Commissione di prevenzione del riciclaggio e delle infrazioni monetarie, la cui finalità primaria è (si vedano l'art.13 della legge e l'art.17.1 della legge 40/1979, del 10 dicembre, sul regime giuridico del controllo dei cambi, nella sua nuova formulazione) di dare impulso e coordinare l'esecuzione della stessa legge. Si tratta di un organo dipendente dalla Segreteria di Stato dell'economia, che avrà come organi ausiliari una Segreteria ed un Servizio esecutivo. L'asse sul quale si muove la Commissione è imperniato sulle funzioni di collaborazione che ad essa sono assegnate. Per questo la legge (artt.13 e 16) distingue tra l'informazione e collaborazione ricevuta dalle autorità e dai funzionari pubblici e quella che proviene dagli istituti finanziari soggetti alla legge.

Le funzioni di informazione e collaborazione non sono limitate al territorio nazionale, ma si proiettano nell'ambito internazionale (art.16), anche se tutto lo scambio di informazioni è condizionato a quanto è disposto nei Trattati e nelle Convenzioni internazionali, al principio di reciprocità e al fatto che queste autorità sono soggette al segreto professionale.

E' troppo presto per conoscere l'incidenza che l'applicazione della legge avrà, considerando, inoltre, che essa dipende dalla predisposizione dei regolamenti. Tuttavia, il suo vero effetto preventivo dipenderà in buona misura dalla volontà di applicazione della stessa. Se è certo che un'attenta elaborazione di regolamenti permetterebbe un'applicazione effica-

ce, non possiamo non riconoscere che attualmente vi sono attività economiche consentite, mediante le quali si immettono fondi da riciclare, e che non sono soggette ad alcun controllo. Basti, a titolo di esempio, ricordare i cosiddetti agenti di cambio, persone fisiche che in virtù della liberalizzazione del mercato dei capitali, attuata in esecuzione della normativa CEE, dal R.D. 1816/1991, esercitano l'attività di cambio di valuta essendosi semplicemente iscritti nel Registro esistente presso la Banca di Spagna e nei registri dell'imposta sulle attività economiche. Queste persone non sono assoggettate ai controlli ed agli obblighi che la legge 26/1988 del 29 luglio, in tema di disciplina ed intervento sugli Istituti di credito, impone agli istituti di credito. Se inoltre si considera che in molte occasioni i movimenti di capitali hanno come punto di riferimento paradisi fiscali in cui domina la teoria della "muraglia cinese" ed un rigido segreto bancario⁴⁹, si comprendono facilmente le difficoltà che nella pratica si incontrano nel cercare di far fronte a questo tipo di condotte⁵⁰.

4. Nei paragrafi precedenti si è descritta la risposta legislativa che l'ordinamento giuridico spagnolo ha adottato contro il riciclaggio. Tuttavia, un esame complessivo della materia oggetto di analisi richiede che si affronti anche un aspetto di tipo politico-criminale che praticamente è stato dato per scontato da parte della dottrina dominante. Si tratta, fondamentalmente, della questione che riguarda la meritevolezza di pena - o di sanzione amministrativa - di questo tipo di condotte.

Come si è evidenziato, la dottrina non mostra concordia al momento di determinare quale sia il bene giuridico tutelato nelle fattispecie che regolano il riciclaggio. L'attenzione si è fissata su diversi aspetti. Mentre alcuni autori sostengono che ci troviamo davanti a delitti il cui oggetto di

49) La teoria della "muraglia cinese", sostenuta, tra altri paesi, dal Lussemburgo, propugna una compartimentazione dell'informazione, in conseguenza della quale non deve farsi uso di essa in settori diversi da quelli con riferimento ai quali fu data. Cfr. una lista degli attuali 48 paradisi fiscali esistenti in ZARAGOZA AGUADO, *op. cit.* (nota 16), p. 138.

50) Tra le operazioni di riciclaggio più consuete, e conosciute, vi sono quelle dei versamenti provenienti dall'estero per esportazioni, simulate o no, di beni, quelle di cambio di un elevato numero di banconote di piccolo taglio con altre di maggior valore, di simulazione di prestiti e crediti verso l'estero, e, ancora, gli impieghi nel settore immobiliare, la simulazione di operazioni di compravendita, con pagamento realizzato attraverso qualsiasi mezzo di pagamento internazionale, ecc., v. ZARAGOZA AGUADO, *op. cit.* (nota 16), p. 138ss.

tutela è l'ordine socioeconomico⁵¹, altri vedono nella tipizzazione di questi fatti l'interesse dello Stato alla prevenzione del traffico di stupefacenti o di qualsiasi altra condotta da cui il riciclaggio tragga causa⁵², non mancando, come si è visto, riferimenti all'amministrazione della giustizia⁵³.

Nelle considerazioni che seguono si tenterà di mostrare che nessuna di queste spiegazioni risulta pienamente soddisfacente, e che la meritevolezza di pena in questo tipo di condotte non è pienamente giustificata.

a) Coloro che sostengono la prima opzione indicano come dannosità sociale di queste condotte il sovvertimento che esse producono nei "principi su cui si basa l'attuale ordine sociale ed economico"⁵⁴. Si sostiene che questi fatti possono produrre deviazioni e condizionamenti nel mercato finanziario, turbando il sistema economico attraverso l'acquisizione del controllo di settori interi dell'economia⁵⁵. Ciò costituisce anche la giustificazione che si trova alla base della Direttiva 91/308 della Comunità Europea, che come si è visto ha ispirato parte delle riforme adottate nella legislazione spagnola.

Si stabilisce, così, come fatto scontato, che il riciclaggio costituisce un illecito in sé, e tuttavia non si individua l'evento lesivo *concreto* che le condotte in questione cagionano in rapporto all'ordine economico, né i principi economici che vengono violati. Per di più, coloro che difendono questa posizione trascurano che, di fatto, grandi settori dell'economia si trovano sotto il controllo esclusivo di determinate persone o gruppi di persone⁵⁶, e che, inoltre, per l'ordine giuridico economico risulta più funzionale che circolino capitali puliti che non danaro sporco⁵⁷. Nella prospettiva giuridico-economica, il fatto che il danaro si *pulisca* merita valutazione positiva,

51) DÍEZ RIPOLLÉS, *op.cit.* (nota 8), p.609ss.

52) V. quanto detto *supra*, e nota 15.53) Per tutti, VIVES ANTÓN, *op.cit.* (nota 15), p.805.

54) Espressamente, DÍEZ RIPOLLÉS, *op.cit.* (nota 8), p.609.

55) V. PECORELLA, *Circolazione del denaro e riciclaggio*, in *Riv.it.dir.proc.pen.* 1991, pp.1221-1222. Condivide quest'opinione anche FARIA COSTA, *op.cit.* (nota 1), p.7. Nella dottrina tedesca sottolinea quest'aspetto, anche se non in maniera esclusiva, LAMPE, *Der neue Tatbestand der Geldwasche* (§ 261 StGB), in *JZ*, 1994, pp.123 e 125.

56) Con le limitazioni, è chiaro, stabilite dalle leggi *antitrust*.

57) Nello stesso senso si è pronunciato BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho penal económico. desarrollo económico, protección penal y cuestiones políticocriminales*, in *Hacia un Derecho penal económico Europeo, Jornadas en Honor al Prof: Klaus Tiedemann*, Madrid, 14- 18 ottobre 1992.

dal momento che, affiorando e immettendosi nei circuiti economici legali, queste masse monetarie vengono sottoposte agli stessi controlli ed alle stesse imposizioni di natura tributaria dei capitali di provenienza lecita. In questo senso, il danaro lavato si converte in danaro controllato⁵⁸. Come segnala Bajo Fernández, è certo che il riciclaggio può costituire un indizio dell'esistenza *precedente* di un delitto contro l'economia pubblica o la prova della commissione di un altro tipo di fatti criminosi⁵⁹, ma non è appropriato vedere in questo indizio un'alterazione dell'ordine socioeconomico distinta da quella che producono la maggior parte delle condotte lesive di questi interessi. Gli eventuali aspetti fiscali che riguardano il riciclaggio non giustificano la sua particolare punizione, dal momento che ciò che esso può presentare di lesivo per gli interessi socioeconomici⁶⁰ trova già copertura attraverso le fattispecie penali che tutelano gli interessi della finanza pubblica (frode fiscale, omessa o irregolare tenuta di registri contabili).

Cercando di approfondire la ricerca dell'eventuale risultato connotato da disvalore che queste condotte possono causare dal punto di vista socio-economico, si dovrebbe partire dall'ipotesi che al mercato accedano capitali di provenienza illecita, il che può turbare le leggi del mercato nel senso di costituire concorrenza sleale rispetto al resto degli operatori, dal momento che si immettono nel mercato finanziario ricavi ottenuti ad un costo considerevolmente inferiore a quello delle attività lecite⁶¹. Tuttavia,

58) BAJO sostiene che "implicando una specie di pentimento", "il riciclaggio è un'attività che dev'essere promossa sotto tutti i punti di vista dai poteri pubblici" (*op.cit.*, nota 55, p.22).

59) *Op.cit.* (nota 55), p.23. In quest'ordine di idee, egli evidenzia anche (p.21) che "per il proprietario del danaro i vantaggi del cosiddetto danaro sporco risiedono esclusivamente nella liberazione dal carico rappresentato dal fatto di contribuire alla spesa pubblica attraverso il pagamento delle diverse imposte. Tuttavia, gli svantaggi sono innumerevoli, in quanto nella maggior parte delle occasioni il danaro sporco non può neanche essere controllato correttamente dal suo proprietario, giacchè deve rimanere investito in operazioni clandestine, non identificabili dal fisco, e conseguentemente nemmeno dalle parti..."

60) I delitti contro la finanza pubblica ledono l'ordine socioeconomico, inteso in senso stretto, come "regolamentazione giuridica della partecipazione statale nell'economia" (v. BAJO/SUAREZ, in BAJO/PEREZ MANZANO/SUÁREZ, *Derecho penal, P.E., II*, p.562). Non deve trascurarsi che, d'altra parte, quando l'economia pubblica prende conoscenza dell'esistenza di incrementi patrimoniali non giustificati, li imputa direttamente all'annualità in cui sono emersi, agli effetti della sua imposizione sui redditi.

61) Insieme agli aspetti della protezione del mercato dei capitali e di altri interessi, evidenzia quest'aspetto TIEDEMANN, *Strafrecht in der Marktwirtschaft*, in *Festschrift für Stree und Wessels*, Heidelberg 1993, p.539, che si riferisce alla parità delle condizioni da cui dev'essere retto tale mercato; anche DíEZ RIPOLLÉS, *op.cit.* (nota 8), p.609, sostiene che al mercato accedono capitali ottenuti ad un costo inferiore rispetto a quelli di provenienza lecita.

un'asserzione siffatta risulta anch'essa poco convincente. In primo luogo, le pratiche contrarie alla libera concorrenza non mostrano negli ordinamenti giuridici europei una protezione penale globale⁶². Inoltre, è dubbio che il riciclaggio possa essere accostato ad alcuna di queste condotte. Come pure lo è il fatto che si affermi che i capitali di provenienza illecita si ottengano ad un "costo" - economico? Giuridico? - minore di quelli di origine lecita⁶³. D'altra parte, in termini socioeconomici, il potere economico che deriva da un capitale ottenuto grazie a pratiche proibite non si differenzia in nulla da quello derivante da quello ottenuto in forma lecita. Detto con un esempio, il potere economico che un importante consorzio di imprese può vantare come conseguenza della sua attività, e l'uso che esso può fare dello stesso, non si distingue in nulla da quello che può realizzare chi ha ottenuto in modo illecito quantità ingenti di danaro. L'idea, che in parte induce a valutare negativamente il fatto che al mercato accedano capitali di provenienza illecita, secondo cui i capitali di origine lecita avranno un uso economico lecito e, al contrario, quelli di provenienza illecita una destinazione illecita, non è più che una presunzione che risulta costantemente contraddetta, come indica la frequenza con cui si sviano anche dei fondi di provenienza lecita per usi illeciti: si pensi ai pagamenti di tangenti con fondi provenienti da attività legali. Inoltre, le operazioni di riciclaggio di danaro sporco non intendono solo dotare i fondi di provenienza illecita di una parvenza di legalità, ma convertirli in danaro pulito, cioè consentire che questo danaro circoli nel traffico economico nelle stesse condizioni nelle quali lo fanno i capitali di provenienza lecita⁶⁴. La presunzione, pertanto, dovrebbe essere inversa, nel senso che se il danaro si ricicla è perché lo si destina ad un uso lecito. Questione diversa, e su cui si tornerà in seguito, è quella relativa al problema se le attività di riciclaggio costituiscano uno stimolo a proseguire nelle attività delittuose che si trovano alla base o in altre. Ma quest'aspetto

62) E anche se se ne mostrasse il carattere generale, come eccezionalmente succede nell'Unione Europea (al riguardo cfr. KLÖKER, *Das US - amerikanische Konkursstrafrecht*, Gludback-Köln, 1988) - al di là delle fattispecie penali specifiche che tutelano la proprietà industriale, il procacciamento e la rivelazione di segreti industriali e gli artifici atti ad alterare il prezzo delle cose - non si sarebbe ancora spiegato che cosa giustifica la speciale punizione di "questa presunta forma" di concorrenza sleale.

63) Come pure non costituirebbe un'affermazione veritiera sostenere il contrario: cioè, che il lucro che si ottiene da una attività illecita sia *sempre* superiore a quello di un'attività lecita.

64) Così anche BAJO FERNÁNDEZ, *op.cit.* (nota 55), p.23.

è indipendente e non ha niente a che vedere con la supposta alterazione del sistema socio-economico che viene chiamata in causa da un settore della dottrina. Quando si sostiene che il riciclaggio lede lo stesso sistema finanziario si trascura che il sistema finanziario non è niente di più che uno strumento neutro che serve ad immettere nella circolazione i capitali che affluiscono nel mercato, e che non si vede in alcun modo pregiudicato nel suo funzionamento dalla "provenienza" dei capitali stessi⁶⁵.

b) Ma non sembra essere in sintonia con i postulati che reggono il diritto penale moderno neanche ritenere che la punizione del riciclaggio serva a fornire ulteriore protezione ai beni giuridici dei reati dai quali il beneficio economico trae causa. Questa soluzione non può risultare soddisfacente, perché allora non si spiega come mai, per prevenire la commissione di un delitto, si infligga una pena ad un soggetto diverso da quello la cui condotta si intende evitare. Questo proposito contrasta chiaramente con il principio di personalità della responsabilità penale.

In questo ordine di idee, ha pienamente ragione De la Mata quando sostiene che se si ammette come fondamento della punizione della ricettazione la teoria del consolidamento, l'art. 546bis f) non può considerarsi come un delitto di ricettazione, per la buona ragione che in questo caso gli oggetti o i profitti ricevuti non aiutano in alcun modo a consolidare la situazione antiggiuridica che il reato-presupposto ha prodotto⁶⁶. Se il traffico di stupefacenti si è già consumato, è difficile sostenere che il successivo riciclaggio dei profitti ottenuti continui a ledere l'interesse tutelato dagli artt. 344 ss. c.p. spagnolo⁶⁷. Analogamente si potrebbe argomentare in relazione alle fattispecie contenute negli articoli 344bis h) e ss. c.p. L'illustrazione di ciò non può, però, avvenire in questa sede. Concepire il riciclaggio come una "ricettazione specifica" richiede l'abbandono della teoria del consolidamento

65) L'assenza di un pregiudizio di interessi socioeconomici consente di trarre un'ulteriore conclusione: non alterandosi in questi casi il sistema economico, mancherebbe la base della legittimazione della Comunità Europea a legiferare in questa materia. In quest'ottica, la Direttiva ripetutamente citata mancherebbe del supporto giuridico necessario a darle validità. Un'analisi delle conseguenze che da ciò derivano andrebbe molto al di là della portata delle presenti considerazioni, e tuttavia si pone il problema di determinare che cosa succeda, dal punto di vista nazionale, riguardo alla legislazione che si è sviluppata in conseguenza della trasposizione di questa normativa comunitaria.

66) DE LA MATA, *op.cit.* (nota 9), p.49ss.

67) Intendendo, con la dottrina prevalente, la salute come interesse tutelato.

per sostituirla con quella dell'appropriamento⁶⁸. Ma questa teoria, come ha segnalato la dottrina tedesca, orienta la ricettazione verso il delitto d'autore, sanzionando una condotta di vita immorale, il che è incompatibile con un diritto penale che tutela beni giuridici⁶⁹.

D'altra parte, non si può trascurare il fatto che la punizione del fatto precedente porta sempre con sé, come conseguenza accessoria, conformemente a quanto disposto nell'articolo 48 c.p., la confisca degli effetti e strumenti del reato⁷⁰.

c) la posizione che fa riferimento all'amministrazione della giustizia⁷¹ risulta anch'essa insufficiente a spiegare la punibilità del riciclaggio. Anche se hanno pienamente ragione coloro che sostengono che in ogni ricettazione e riciclaggio si aiuta, in misura maggiore o minore, ad occultare un delitto, non è meno certo che ciò che vi è di lesivo in tali fatti trova già tutela tramite le norme che puniscono il favoreggiamento (art.17 c.p.) e forniscono tutela al buon funzionamento dell'amministrazione della giustizia, non essendo sufficientemente giustificata la necessità del ricorso alla creazione di nuove figure di reato⁷². L'argomento secondo cui l'applicazione a questi casi della pena per il favoreggiamento sarebbe scarsa o non corrisponderebbe alla gravità di questi fatti⁷³ porta ad un circolo vizioso, dato che non spiega da donde scaturisca questo aumento di gravità, né spiega perché per tutelare l'amministrazione della giustizia si debba imporre in questi casi una pena più severa di quella che corrisponderebbe alle regole generali relative ai casi di favoreggiamento rispetto ad altre manifestazioni criminose. Su questa stessa linea, il fatto che nel favoreggiamento non trovino spazio tutte le forme di riciclaggio (ricettazione a catena) non chiarisce nemmeno da dove provenga la speciale necessità di punire queste ipotesi in forma autonoma. Dal punto di vista del buon funzionamento dell'amministrazione della giustizia, la natura del delitto occultato è indifferente.

68) DE LA MATA, *op.cit.* (nota 9), p.50.

69) V. una esposizione dettagliata in DE LA MATA, *op.cit.* (nota 9), p.36.

70) Di altro avviso, tuttavia, la dottrina prevalente, che ritiene che l'art.48 non comprenda "la trasformazione dei proventi del reato", che invece l'articolo 344 *bis e)* comprende chiaramente (v. MUÑOZ CONDE, *P.E.*, 9ª ed., p.503). Se si parte dalla posizione qui sostenuta, e coincidente con quella di VIVES ANTÓN (*op.cit.*, nota 23), il contenuto dell'art.344*bis e)* c.p. risulta ripetitivo.

71) V. GOMEZ PAVÓN, *op.cit.* (nota 17).

72) Nello stesso senso, BAJO FERNÁNDEZ, *op.cit.* (nota 55), p.24.

73) V. SILVA SÁNCHEZ, *cit. supra* (nota 11).

d) Nella dottrina tedesca, il legislatore ha voluto individuare come oggetto di tutela della fattispecie di riciclaggio, di cui al § 261 *StGB*⁷⁴, introdotto con la legge del 15 luglio 1992⁷⁵, sia l'amministrazione della giustizia che il bene giuridico leso dal fatto da cui trae causa il riciclaggio⁷⁶. Per quanto riguarda l'amministrazione della giustizia, la Relazione illustrativa segnala che la punizione di tali condotte ha la finalità di fornire ai funzionari dell'amministrazione della giustizia gli strumenti processuali adeguati - in questo caso quelli che offrono le "tracce documentali" - che consentano una ricostruzione dei flussi finanziari e, nella migliore ipotesi, che permettano di arrivare al nucleo delle organizzazioni criminali che di

74) Agli effetti che qui interessano si trascrivono soltanto i primi cinque commi, dei dieci di cui consta il § 261 *StGB*; si tenga presente che il comma 1 è stato modificato dalla legge sul controllo delle materie prime del 7 ottobre 1994 (*BGBI* I 2835, 2843).

§ 261. Riciclaggio di capitali. Occultamento di beni di provenienza illecita.

(1) Chiunque, in relazione ad un oggetto proveniente da

1) un crimine altrui,

2) un delitto altrui, previsto dal § 29 co.1, n.1 o 11 della legge sugli stupefacenti, oppure

3) un delitto di cui ai §§ 246, 263, 264, 266, 267, 332 co.1, anche in relazione con il co.3, che sia stato commesso in forma professionale da membri di una banda costituita per la commissione continuata di tali reati, nonchè

4) un delitto commesso da un membro di una associazione criminale (§ 129), lo occulta, ne dissimula la provenienza, ovvero impedisce o mette in pericolo l'accertamento della provenienza, il ritrovamento, l'acquisizione pubblica, la confisca o il sequestro di tale oggetto, è punito con la pena detentiva fino a cinque anni o con la pena pecuniaria.

(2) Allo stesso modo è punito chiunque, nei confronti dell'oggetto indicato nel co.1,

1) lo procura a sé o ad un terzo, oppure

2) lo custodisce o lo utilizza per sé o per un terzo, conoscendone la provenienza al momento in cui lo ha conseguito.

(3) Il tentativo è punibile.

(4) Nei casi particolarmente gravi si applica la pena detentiva da sei mesi a dieci anni. Un caso particolarmente grave sussiste, di regola, quando l'autore agisce professionalmente o quale membro di una banda che sia costituita per la commissione continuativa del riciclaggio.

(5) Colui che, nei casi previsti dal co.1 o dal co.2, non riconosce, per colpa grave, che l'oggetto proviene da un fatto illecito altrui indicato nel co.1, è punito con la pena detentiva fino a due anni o con la pena pecuniaria.

75) *BGBI*, I, p.1302.

76) Secondo la Relazione illustrativa della legge, l'amministrazione della giustizia costituirebbe l'oggetto di tutela nelle ipotesi contenute nel n°1 del § 261, mentre relativamente alle condotte descritte nel n°2 si tutelerebbe non solo l'amministrazione della giustizia ma anche l'interesse leso dal delitto che dà luogo al riciclaggio (v. *BT-Drucks.* 12/989, p.27). Questo è anche il parere della dottrina prevalente: OTTO, *Geldwäsche*, § 261 *StGB*, in *Jura* 1993, 330; Ruß, § 261, in *LK*, 10^a ed., *Rdn.*4; HARTUNG, *Geldwäsche*, in *Anbwl* 94, pp.440 e 442.

solito si trovano dietro queste condotte⁷⁷. Si tratta, quindi, di creare le condizioni materiali - informazione sui veri responsabili e sull'organizzazione - che permettono di iniziare un processo penale⁷⁸.

Barton ha rilevato, a ragione, che la finalità della norma contro il riciclaggio merita una valutazione critica, alla luce del bene giuridico che si afferma essere tutelato⁷⁹. Ciò soprattutto perché la norma si applica a chi ricicla, anche se in realtà si riferisce all'autore del reato presupposto; vale a dire che si persegue l'evitazione di determinati fatti mediante la punizione di comportamenti posteriori agli stessi⁸⁰. In quest'ottica, la finalità della punizione non sarebbe quella della *repressione* del riciclaggio, o lo sarebbe solo in parte, mentre sarebbe, in realtà, quella della *prevenzione*⁸¹. Questa prevenzione avrebbe fondamentalmente come punto di riferimento, secondo l'opinione di Barton, l'eliminazione di fonti di finanziamento per determinati fatti delittuosi incidendo sui profitti che il fatto procura -, l'isolamento dell'autore - rendendo impossibile a chi partecipi al traffico di ottenere i profitti del reato e in tal modo eliminando lo stimolo alla commissione di nuovi reati - e l'evitazione di futuri reati attraverso le possibilità processuali che la scoperta dei profitti conseguiti facilita⁸².

La chiave dell'incriminazione del riciclaggio starebbe, pertanto, nel fatto che esso costituisce un meccanismo che serve da stimolo per *l'eventuale commissione di futuri reati*. Il riciclaggio si punirebbe perché, aiutando

77) BR-Drucks. 507/92, p.24.

78) V. BARTON, *Sozial übliche Geschäftstätigkeit und Geldwäsche* (§ 261 StGB), in *SIV* 93, p.159ss. Come si è già segnalato, anche la dottrina tedesca ha ritenuto che la vigente formulazione dei paragrafi relativi al favoreggiamento ed alla ricettazione non comprendeva parte dei fatti che si intende punire con l'introduzione del § 261: BARTON, *Das Tatobjekt der Geldwäsche: Wann rührt ein Gegenstand aus einer der im Katalog des § 261 I n.1-3 StGB bezeichneten Straftaten her?*, in *NSiZ* 1993, p.159; ARZT, *Geldwäscherei - eine neue Masche zwischen Hehlerei, Strafvereitelung und Begünstigung*, in *NSiZ* 1990, p.2ss.; ID., *BT DR* 12/989, p.26; OTTO, *Geldwäsche, § 261 StGB*, in *Jura* 1993, p.329ss.; LAMPE, *op.cit.* (nota 53), p.123; diversamente, SCHÖNKE/SCHRÖDER/STREE, *StGB*, 24^a ed., 1991, § 257, *Rdn.*22.

79) *Sozial übliche Geschäftstätigkeit und Geldwäsche* (§ 261 StGB), p.160.

80) *Ibidem*, p.160.

81) *Ibidem*, p.160. Su queste basi, BARTON osserva che l'amministrazione della giustizia costituisce soltanto il bene giuridico protetto nelle ipotesi della seconda parte del primo comma del § 261 (impedire, mettere in pericolo l'accertamento della provenienza, ecc.).

82) *Ibidem*, p.160

do a condurre a buon fine il reato in cui ha origine, ovvero, rendendo più agevole per un soggetto il veder realizzato il movente che lo ha indotto a delinquere, esso costituisce allo stesso tempo un incentivo a perpetuare l'attività illecita che si trova alla base. In tal senso, il riciclaggio non costituirebbe un illecito in sé stesso, ma un illecito in rapporto al fatto che si trova all'origine di esso. Ma questo modo di vedere è anch'esso, dal punto di vista politico criminale, da respingere, perché trascura che il traffico di stupefacenti, come quello di armi, o la prostituzione, non vengono puniti per il fatto di costituire una fonte di ricchezza illecita per i suoi autori -ottenuta, in questi casi, sia detto per inciso, con il consenso della controparte-, ma per la lesione che tali comportamenti comportano per un bene giuridico concreto, da determinare caso per caso. Il movente che induce un soggetto ad agire non dovrebbe, pertanto, essere alla base della meritevolezza di pena.

Nonostante quanto si è detto, e per quanto riguarda il traffico di stupefacenti, per prevenire la commissione di esso -e proteggere la salute - *de lege lata* si fa ricadere una pena su un terzo che, da una parte, aiuta a realizzare il movente una volta che abbia già avuto luogo la lesione del bene giuridico- cioè, a occultare un delitto, agendo con fine di lucro per agevolare il consolidamento degli effetti - e che, dall'altra, con la sua condotta si presume che stimoli la commissione di futuri reati.

Per quanto si riferisce al primo aspetto -occultamento con fine di lucro- si è già rilevato, sulla base delle considerazioni precedentemente formulate, che nulla giustifica l'idea di riservare a tali ipotesi un trattamento distinto da quello che si applica nei restanti casi di cosiddetta partecipazione successiva al reato⁸³. Ciò che in queste condotte vi è di criminogeno trova già la necessaria risposta attraverso le norme che puniscono il favoreggiamento e la ricettazione, tenendo presente che, se si ritiene che esse non coprano, nella loro attuale redazione, tutti i comportamenti meritevoli di sanzione, sarebbe opportuno procedere ad una modifica degli stessi, ma non lo sarebbe assolutamente creare, come si è fatto, nuove figure di reato che, avendo la stessa natura dei fatti a cui tali norme si riferiscono, vengono solo ad aggiungere complicazioni interpretative non necessarie al momento di delimitare le differenti figure, che si sovrappongono chiaramente.

Per quel che concerne il secondo degli aspetti menzionati, è neces-

83) Della stessa opinione BARTON, *op.cit.* (nota 78), p.160, che evidenzia la scarsa importanza che ha in tali casi la provenienza del danaro.

sario di nuovo rimarcare che si fa ricadere una pena su un soggetto distinto da quello la cui condotta si intende prevenire. Inoltre, la punizione ha luogo, qui, in una sfera lontana dal bene giuridico. Salvo che nelle ipotesi in cui questi fatti siano riconducibili a qualche forma di partecipazione o di atto preparatorio punibile del fatto principale, partendo dai postulati che devono reggere il diritto penale di uno Stato democratico di diritto (diritto penale del fatto, principio di colpevolezza, della lesione del bene giuridico, ecc.) questo modo di procedere è estremamente discutibile. Jakobs ha evidenziato che «l'avanzamento delle barriere tipiche dell'effettiva produzione di una lesione ad un bene giuridico da luogo ad un "diritto penale del nemico" incompatibile con un diritto penale di uno stato libertario»⁸⁴.

Non va disconosciuto, tuttavia, che, mentre stimola l'ulteriore attività criminosa, il riciclaggio incrementa il potere economico delle persone o organizzazioni che in tal modo ottengono un lucro. Ciò ha indotto Barton a sostenere che vedendo incrementato il loro potere, tali persone o organizzazioni possono controllare settori in cui siano introdotti schemi di funzionamento non desiderabili per mafiosi⁸⁵. Il fondamento della punibilità non starebbe, in questi casi, nell'alterazione dell'ordine socioeconomico o nei beni giuridici lesi dai delitti che si trovano alla base del riciclaggio, ma nel fatto che ci si trova davanti a condotte pericolose che facilitano l'infiltrazione nella società della cosiddetta criminalità organizzata, che in questo modo va aumentando il suo potere organizzativo⁸⁶. L'oggetto di tutela sarebbe costituito dai beni giuridici che potenzialmente sarebbero suscettibili di essere messi, in futuro, in pericolo in conseguenza del potenziamento di tali strutture mafiose. Sarebbe, perciò, la stessa *sicurezza interna dello Stato* - e non di uno Stato solo, ma anche di Stati terzi - a costituire l'oggetto di tutela in queste ipotesi⁸⁷. La norma reprimerebbe, in ultima analisi, quelle forme di condotta che possono porre in pericolo le strutture fondamentali

84) *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, in ZStW 97 (1985), p.751ss.

85) *Op.cit.* (nota 78), p.160.

86) *Ibidem*, p.160.

87) BARTON precisa che non si tratta di una "sicurezza a qualsiasi prezzo", ma di quella che dà luogo alla *pace giuridica*, *op.cit.* (nota 78) p.160. Anche TIEDEMANN individua come oggetto di tutela del § 261, insieme al mercato dei capitali e all'eguaglianza di condizioni da cui dev'essere retto, "interessi che riguardano la sicurezza generale" e che possono essere lesi dalla criminalità organizzata, v. *op.cit.* (nota 61), p.539.

dello Stato sociale e democratico di diritto⁸⁸.

Pur riconoscendo che sia fondata l'idea che determinate forme di criminalità organizzata possono costituire un serio rischio per la sicurezza interna dello Stato, è pur sempre più che dubbio che il rischio a cui fa riferimento Barton provenga, in questi casi, sia dal fatto stesso del riciclaggio che dall'esistenza stessa di un'organizzazione costituita con fini criminosi. Come già si è notato al momento di rigettare la tesi secondo cui interesse tutelato sarebbe in tali ipotesi l'ordine socio economico, dal punto di vista socioeconomico il potere di cui può dotare un capitale ottenuto illecitamente non si differenzia in nulla da quello che fornisce quello ottenuto in forma lecita, dovendo, quindi, la presunzione operare nel senso che l'affiorare dei capitali di provenienza illecita avviene con la finalità di destinarli ad un uso lecito. D'altra parte, non va disconosciuto che, *de lege lata*, le diverse fattispecie penali⁸⁹ non solo non limitano la sfera del punibile alle persone che sono integrate in organizzazioni criminali -circostanza che al massimo consente un aggravamento della pena-, ma, oltre ad ampliare la sfera punitiva a persone diverse da quelle rispetto alle quali si intende prevenire la commissione di determinati fatti, mostrano una chiara tendenza a prendere come punto di riferimento delle condotte in rapporto alle quali ciò è di molto difficile giustificazione nella prospettiva indicata da Barton. Ne è un esempio, nell'ordinamento spagnolo e tedesco, la punizione di modalità di commissione imprudenti⁹⁰. In questo senso, le necessità preventive addotte per far fronte alla cosiddetta criminalità organizzata cozzano, almeno per

88) Ha pienamente ragione BARTON a sottolineare la simmetria tra i §§ 261 e 129 *StGB* (formazione di associazioni a delinquere), aspetto finora non rilevato dalla dottrina. BARTON ritiene che mentre il § 129 punisce il fatto di legarsi ad un'associazione, il § 261 compie un passo in più e intende impedire che l'associazione criminosa sfrutti i proventi derivanti dal fatto illecito, offrendo la possibilità di smantellare la stessa associazione seguendo il filo delle tracce documentali dei flussi finanziari.

89) Anche il § 261 *StGB*.

90) Inoltre, se il riciclaggio si configura come una specie di partecipazione autonoma a determinati fatti dolosi (agevolando la loro realizzazione o la loro futura perpetrazione), la punizione delle modalità di commissione imprudenti (anche quando si tratti di imprudenza grave) abbisogna di un fondamento valido, per niente facile da reperire. Anche ove la si limiti alle ipotesi di ignoranza della provenienza dei beni sarebbe necessario spiegare da dove deriva l'obbligo di conoscerla.

quanto riguarda il riciclaggio, con una realtà legislativa che, quanto meno, le supera. D'altra parte, deve continuare ad essere oggetto di discussione la compatibilità di alcune necessità preventive con i principi che devono ispirare il diritto penale moderno. L'avanzamento delle barriere punitive alla sfera antecedente alla lesione del bene giuridico dovrebbe trovare spazio soltanto in ipotesi eccezionali, in cui esistesse la certezza dell'efficacia della risposta penale. Curiosamente, l'efficacia di tale risposta nel settore che ci occupa è stata recentemente messa in discussione⁹¹. In ogni caso, nessun pretesto può giustificare la sostituzione del diritto penale del fatto con quello della condotta di vita o del modo di essere, al fine di legittimare l'imposizione di una pena⁹². Un'altra questione è quella relativa all'eventuale necessità di ricorrere, in queste ipotesi, all'applicazione di misure di sicurezza.

91) V. PRITZWITZ, *Die Geldwäsche und ihre strafrechtliche Bekämpfung - oder: zum Einzug des Lobbyismus in die Kriminalpolitik* in *StV* 1993, p.499ss., con ulteriori riferimenti bibliografici.

92) Di qui la discutibile legittimazione di norme come quelle contenute negli artt.173ss. c.p. spagnolo o § 129 *StGB* (che puniscono la mera appartenenza ad un'associazione illecita). Di fronte all'opinione dominante, che individua come bene tutelato, in questi casi, la sicurezza e l'ordine pubblico (v. per tutti LACKNER, *StGB*, 21^aed., 1995, § 129), non sono mancati autori che hanno sostenuto che si è proceduto ad una mera anticipazione delle barriere preventive (tra gli altri, RUDOLPHI, *Verteidiger handeln als Unterstützung einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung i.S. des §§ 129 und 129a StGB*, in *Bruns/FS*, 1978, p.315 e 317; SCHROEDER, *Die Straftaten gegen das Strafrecht*, 1985, pp.9, 28).