

WILFRIED BOTTKÉ

OSSERVAZIONI SU TELEOLOGISMO ED EFFETTIVITÀ NELLA
FATTISPECIE DI RICICLAGGIO*¹

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

1) Ringrazio Klaus Ehrenfried Schmidt, direttore del *Dipartimento lotta alla criminalità* nel presidio di polizia *Schwaben*, per la sua collaborazione.

A. Introduzione.

Chi deve illustrare l'esperienza tedesca² relativa agli strumenti giuridici³ della lotta al riciclaggio⁴ ha un compito che lo getta in un lieve imbarazzo. Egli sa bene che il legislatore ha preso misure contro forme di condotta che consistono nel sostituire un oggetto proveniente da un reato con un altro, mantenendone intatto il valore, nel ricollocare tale valore attraverso l'occultamento del luogo di provenienza criminale dell'oggetto e nel renderlo disponibile per impieghi legali. Tuttavia, il periodo di vigenza delle norme giuridiche rilevanti in tema di riciclaggio è ancora troppo breve perchè si possa essere giunti, attraverso proiezioni e dati provvisori, a conoscenze tali da consentire di pronosticare seriamente quale sarà la loro futura effettività. Non disponiamo di atti relativi alle operazioni della polizia o delle Procure in misura sufficiente per poter dare un giudizio definitivo. Non vi sono acquisizioni empiriche, elaborate secondo il metodo delle scienze sociali, sull'efficienza delle regole che il legislatore tedesco ha creato allo scopo della lotta al riciclaggio, in parte soggiacendo a forti coazioni politico-criminali ad agire, in parte adempiendo direttive internazionali e comunitarie.⁵ Non viene effettuato un controllo empiricamente e teorica-

2) Sull'esperienza svizzera, v. BERNASCONI, *Schweizerische Erfahrungen bei der Untersuchung und strafrechtlichen Erfassung der Geldwäscherei*, in BKA (Hrsg.), *Bekämpfung der Geldwäsche - Modellfall Schweiz ?*, 1992. Sull'esperienza americana, cfr. ARZT, *Das schweizerische Geldwäscheverbot im Lichte amerikanischer Erfahrungen*, in *SchwZStR* 1989, p.160ss., 1995s.

3) Sulle norme giuridiche dirette a contrastare il riciclaggio, cfr. CARL/KLOS, *Regelungen zur Bekämpfung der Geldwäsche und ihre Anwendung in der Praxis, Geldwäschegesetz - Gesetz gegen die organisierte Kriminalität - Internationale Regelungen*, 1994; CARL/KLOS, *Geldwäschegesetz und Datenweitergabe zu Besteuerungszwecken*, in *DSiZ* 1994, p.68ss.; FORTHAUSER, *Geldwäscherei de lege lata et ferenda*, 1992; SCHRÖTER, *Gesetze gegen die Geldwäsche*, in *Sparkasse* 1992, p.327ss.; SCHRÖTER, *Gesetze gegen Geldwäsche, Teil II*, in *Sparkasse* 1992, p.373ss.; SCHRÖTER, *Vom Gewinnaufspürungs- zum Geldwäschegesetz*, in *Sparkasse* 1993, p.530ss.

4) Sul riciclaggio, cfr. in generale ACKERMANN, *Geldwäscherei - Money Laundering*, 1992; POWIS, *The Money Launderers*, 1992.

5) La direttiva del Consiglio della Comunità Europea per l'impedimento dell'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio, del 10 giugno 1991, 91/308/CEE, atto n° L 166/77 del 28/6/1991, "Sull'impedimento dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclag-

mente fondato sulla legislazione.⁶ Non è possibile una quantificazione affidabile del contributo che le regole contro il riciclaggio hanno fornito al contenimento di esso ed al prelievo dei profitti della criminalità organizzata. Essa sarebbe altrettanto congetturale quanto i dati contraddittori che circolano circa la massa del danaro riciclato ogni anno in Germania⁷ (da due a 150 miliardi di marchi tedeschi) e dei profitti⁸ (di entità presumibilmente maggiore) realizzati dalla criminalità organizzata, ammesso che essa sia definita con sufficiente precisione. I procedimenti penali per riciclaggio iniziati e quelli conclusi con una condanna sono finora quasi inesistenti. I 'primi risultati' conseguiti dal servizio di polizia doganale, dalla polizia giudiziaria e da altri organi deputati al perseguimento dei reati in rapporto alla fattispecie di riciclaggio ed alle prescrizioni della legge sul riciclaggio mostrerebbero, tenuto conto della zona grigia o oscura stimata (secondo il giudizio di rappresentanti di tali organi [!], che si riferisce all'ottobre del

gio", obbligava gli Stati membri a procedere contro il riciclaggio doloso (Art.1). Sulle singole disposizioni della direttiva comunitaria sul riciclaggio, cfr. HETZER, *Bekämpfung der organisierten Kriminalität durch Unterbindung der Geldwäsche*, in *Wistra* 1993, p.286ss. Cfr. anche BAUMANN, *Geldwäsche. EG-Kommission nimmt Banken in die Pflicht*, in *Bankinformation* 7/1990, p.49ss.; HÄDE, *Initiativen zur Bekämpfung der Geldwäsche*, in *EuZW*, 1991, p.553ss. Già in data 19/12/1988 era stato concluso, all'interno delle Nazioni Unite, l'accordo di Vienna contro il traffico illegale di stupefacenti e sostanze psicotrope. L'art.3 obbligava le Parti contraenti a criminalizzare il trasferimento di valori patrimoniali provenienti da reati quando il trasferimento fosse stato realizzato con la consapevolezza dell'origine delittuosa dell'oggetto. Cfr. sulla legge di ratifica dell'accordo *BGBI. II* (1993), p.1136ss.; sulla legge di esecuzione, *BGBI. I* (1993), p.1407ss. Il 15° Vertice economico mondiale, tenutosi a Parigi nel 1989, aveva promosso provvedimenti contro il riciclaggio. In data 7/2/1990 il FATF (Financial Task Force on Money Laundering) aveva diffuso proposte di misure di contrasto, cfr. in proposito PIETH (*Hrsg.*), *Bekämpfung der Geldwäscherei, Modellfall Schweiz ?*, 1992, p.179ss.

6) Per una legislazione razionale, il controllo dell'efficienza della stessa è irrinunciabile, cfr. NOLL, *Gesetzgebungslehre*, 1973, p. 146ss.

7) Secondo alcune voci ricorrenti nella letteratura sul tema, il *BKA* stimerebbe, la somma del danaro riciclato in Germania tra 2 e 4 miliardi di marchi, cfr. BARTON, *Sozial übliche Geschäftstätigkeit und Geldwäsche (§261 StGB)*, in *StrV* 1993, p.156ss., 157 nota 17; CARL, *Kampf gegen die Geldwäsche*, in *Wistra* 1991, p.228. Invece, HINKELMANN, *Geldwäsche - Rechtslage in der Bundesrepublik Deutschland*, in *VuR* 1993, p.269ss., 269 afferma che "gli importi indicati per l'anno 1991 si collocavano tra i 2 e i 150 miliardi di marchi tedeschi", e fa rinvio a presunte stime del *BKA*, che indicano un valore tra i 50 e i 100 miliardi, e a stime del capo della polizia del *Land* del Baden-Württemberg, che indicano un valore di 150 miliardi di marchi tedeschi.

8) "Secondo il *BKA*, le organizzazioni criminali realizzano in Germania ogni anno guadagni in termini di decine di miliardi": così OTTO, *Geldwäsche und das strafrechtliche Risiko von Bankmitarbeitern*, in *Kreditwesen* 1994, p.9, ss.9.

1994), che le norme di legge hanno creato solo sulla carta delle possibilità di perseguimento dei reati. Praticamente, l'intervento in sede di perseguimento dei reati e di prevenzione rispetto all'immissione clandestina di proventi di reati nel circuito economico legale sarebbe insufficiente non meno di prima.⁹

Il deficit lamentato non è dovuto tanto a problemi transitori di adattamento alla nuova disciplina, ad esempio ad eventuali migliorabili capacità degli operatori del settore creditizio e finanziario legale di riconoscere la domanda di servizi finalizzata al riciclaggio. Le carenze sono piuttosto di carattere strutturale. Esse hanno stimolato ulteriori istanze politico-criminali ed attività legislative; abbiamo in casa nostra¹⁰ una "legge per la lotta alla criminalità",¹¹ con ulteriori modifiche del diritto penale formale e sostanziale, assai gravi dal punto di vista dello stato di diritto. Ci sia consentito di fermarci qui e di soffermarci sul problema di quale efficienza possano e debbano rivendicare le attuali regole legali vigenti in Germania in materia di riciclaggio. Allo stesso tempo, si rifletterà sulle possibilità, nonché su utili e costi di un eventuale incremento di efficienza.

B. L'elaborazione della legge.

Concedersi un attimo di calma per mettere insieme e soppesare quanto è già accaduto rappresenterà forse una fatica fastidiosa per coloro che incitano alla lotta al riciclaggio; infatti, la lotta esige, da chi è deciso a combattere, fretta e, se non basta l'impegno profuso, riarmo senza indugi.

I. In questo appello alla lotta si trovarono uniti, come indica la rubrica del provvedimento, i padri della legge "sulla lotta al traffico illegale di sostanze stupefacenti e ad altri fenomeni legati alla criminalità organizzata" (*OrgKG*) del 15 luglio 1992¹².

9) KELLER, *Der Straftatbestand Geldwäsche (§ 261 StGB) und das Geldwäschegesetz*, in *Der Kriminalist* 1994, p.467 ss.

10) Così ZRP *Gesetzgebungsreport*, ZRP 1994, p.205 ss.

11) *Legge di modifica del codice penale, del codice di procedura penale e di altre leggi (Verbrechensbekämpfungsgesetz, BT/Drucks. 12/6853)*.

12) *BGBI. I* (1992), 1302 ss. Cfr. in proposito, dai lavori preparatori, *BT-Dr. 12/989*, p.26; *BR-Dr. 507/92*, p.23. In dottrina, cfr. EISENBERG, *Straf-(verfahrens)rechtliche Maßnahmen gegenüber "Organisiertem Verbrechen"*, in *NJW* 1993, p.1033ss.; KREY/DIERLAMM, *Gewinnabschöpfung und Geldwäsche*, in *JR* 1992, p.353ss.; MÖHRENSCHLAGER, *Das OrgKG - eine Übersicht nach den amtlichen Materialien*, in *Wistra* 1992, p.286ss.; RIEB, *Das Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgift Handels und anderer Formen der Organisierten Kriminalität*, in *Strafverteidigerforum* 1992, p.90s.

1. La *OrgKG* avrebbe dovuto migliorare le possibilità giuridiche di contrastare effettivamente la criminalità organizzata¹³. Il legislatore era, a tal riguardo, consapevole del fatto che la 'lotta' contro la criminalità degli appartenenti a gruppi altamente criminogeni, il cui scopo è la commissione economicamente proficua di reati, e che si isolano dal loro ambiente esterno, non può essere condotta con le sole regole del diritto penale sostanziale.

La *OrgKG*, fedele al proprio scopo, ha inserito una serie di nuove fattispecie di reato e di inasprimenti di pena nella "Legge sul traffico di stupefacenti (*Betäubungsmittelgesetz - BtmG*)"¹⁴. Essa ha creato, per procurarsi un accesso alla 'sfera arcana' delle organizzazioni criminali ed all'interno di esse, poteri procedimentali di disporre provvedimenti relativi ad infiltrazioni e a misure tecniche di controllo;¹⁵ ha inserito nel codice penale tedesco, accanto a norme incriminatrici dirette contro il furto aggravato commesso da una banda,¹⁶ contro la ricettazione commessa da una

13) Una 'debolezza originaria' della *OrgKG* sta nell'insufficiente definizione concettuale di cosa sia la 'criminalità organizzata'. Se ci si basa sull'origine della condotta criminale in un gruppo organizzato, l'espressione ricomprende anche la criminalità, utile al gruppo, di persone socialmente integrate: rappresentano 'criminalità organizzata' anche i reati relativi all'impresa o all'azienda che vengono sostenuti da una filosofia imprenditoriale diretta unilateralmente alla massimizzazione dei profitti economici dell'impresa, che trascura completamente gli *standards* di sicurezza e le regole di condotta fissate dal diritto penale, cioè, ad esempio, reati ambientali utili nell'ottica dell'impresa, reati di corruzione, violazioni delle regole della concorrenza, ed altro ancora? Sono 'criminalità organizzata' anche reati tributari che vengono realizzati in forma collettiva all'interno di partiti, imprese ed altri gruppi 'socialmente accettati'? Criminalità organizzata non significa, nel linguaggio del legislatore, ogni forma di reato riferito ad un gruppo, che scaturisce da una identità criminale collettiva, da una filosofia collettiva o da una struttura collettiva. Criminalità organizzata è per il legislatore solo quella posta in essere dagli appartenenti a gruppi la cui identità quali soggetti autonomi non è giuridicamente riconosciuta, la cui attività principale è illegale e che hanno costruito una filosofia ed una struttura associativa esplicitamente criminali.

14) Cfr. in proposito KÖRNER, *Das Betäubungsmittelgesetz - ein gesetzgeberische Flickenteppich*, in *StrV* 1994, p.514ss.

15) Tra l'altro, sono stati introdotti l'impiego di infiltrati, § 110 a *StPO*, il cosiddetto rastrellamento, § 98 a *StPO* e l'impiego di strumenti tecnici ai sensi del § 100 c *StPO*. Sulle modifiche processualistiche realizzate dalla *OrgKG*, cfr. ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, 23ª ed., 1993, p.52ss.

16) §244 a *StGB*. Cfr. sul punto DREHER/TRÖNDLE, *StGB*, 46ª ed., 1993, § 244 a; LACKNER, *StGB*, 20ª ed., 1993, § 244.

banda¹⁷ e contro l'organizzazione di un gioco d'azzardo,¹⁸ commessa professionalmente o in bande, anche una fattispecie penale di "riciclaggio" (§ 261 *StGB*)¹⁹. Allo stesso tempo ha creato, con la pena patrimoniale, una nuova, vera e propria pena in senso tecnico,²⁰ prevista per la realizzazione di determinate fattispecie delittuose, per far aumentare i costi dei reati descritti a carico di coloro che venissero riconosciuti responsabili di tali reati,

17) § 260 I n°2 *StGB*. Cfr. in proposito KREY/DIERLAMM, *Gewinnabschöpfung und Geldwäsche*, in *JR* 1992, p.353ss.; KREY/HAUBRICH, *Zeugenschutz, Rasterfahndung, Lauschangriff, Verdeckter Ermittler*, in *JR* 1992, p.309ss.; DREHER/TRÖNDLE, *StGB*, 46^a ed., 1993, § 43 a, *Rdn.* 1 e 2, con ulteriori riferimenti bibliografici.

18) § 284 III *StGB*. Cfr. al riguardo DREHER/TRÖNDLE, *StGB*, 46^a ed., 1993, § 284 *Rdn.* 14 a, § 43 a *Rdn.* 1 e 2, con ulteriori riferimenti bibliografici.

19) Cfr. in proposito, dai lavori preparatori, *BT-Dr.* 12/989, p.26; *BR-Dr.* 507/92, p.23. Nella dottrina sul § 261 *StGB*, v. ARZT, *Geldwäscherei - Eine neue Masche zwischen Hehlerei, Strafvereitelung und Begünstigung*, in *NSiZ* 1990, p.1ss.; BARTON, *Das Tatobjekt der Geldwäsche: Wann rührt ein Gegenstand aus einer im Katalog des § 261 I n°1- 3 StGB bezeichneten Straftaten her?*, in *NSiZ* 1993, p.159ss.; BARTON, *Sozial übliche Geschäftstätigkeit und Geldwäsche (§ 261 StGB)*, in *StrV* 1993, p.156ss.; HETZER, *Geldwäsche im Schnittpunkt von Wirtschaft und Kriminalität*, in *ZfZ* 1993, p.258ss.; HINKELMANN, *Geldwäsche - Rechtslage in der Bundesrepublik Deutschland*, in *VuR* 1993, p.269ss.; LAMPE, *Der neue Tatbestand der Geldwäsche*, in *JZ* 1994, p.123ss.; OTTO, *Geldwäsche und das strafrechtliche Risiko von Bankmitarbeitern*, in *Kreditwesen* 1994, p.9ss.; PRITTWITZ, *Die Geldwäsche und ihre strafrechtliche Bekämpfung - oder: Zum Einzug des Lobbyismus in die Kriminalpolitik*, in *StrV* 1993, p.498ss.; SALADIN, *Der Tatbestand der Geldwäsche*, in *Strafverteidiger-Forum* 1992, p.121ss.; ZACZYK, *Prozesssubjekte oder Störer? Die Strafprozeßordnung nach dem OrgKG - dargestellt an der Regelung des Verdeckten Ermittlers*, in *StrV* 1993, p.490ss.

20) § 43 *StGB*. Sulla pena patrimoniale, cfr. ARZT, *Geldwäscherei - Eine neue Masche zwischen Hehlerei, Strafvereitelung und Begünstigung*, in *NSiZ* 1990, p.1ss.; CAESAR, *Das Gesetz gegen organisierte Kriminalität-eine unendliche Geschichte*, in *ZRP* 1991, p.241ss.; KREY/DIERLAMM, *Gewinnabschöpfung und Geldwäsche*, in *JR* 1992, p.353ss.; WEBLAU, *Neue Methoden der Gewinnabschöpfung - Vermögensstrafe, Beweislastumkehr*, in *StrV* 1991, p.226ss. I reati per cui è prevista la pena patrimoniale, quando l'agente agisce come membro di una banda che si è costituita al fine della commissione continuata di reati, sono, ai sensi del § 150 *StGB*, la falsificazione di monete (§ 146 *StGB*), la falsificazione di valori bollati (§ 148 *StGB*) e la preparazione della falsificazione di monete di cui ai §§ 149 I e 152 a *StGB*; ai sensi del § 181 c *StGB*, la tratta di esseri umani (§ 181 *StGB*) e la direzione dello sfruttamento della prostituzione (§ 182 a I n°2 *StGB*), ai sensi del § 244III il furto commesso da una banda (§ 244 I n°3 *StGB*), ai sensi del 244a III il furto aggravato commesso da una banda, ai sensi del § 260 III *StGB* la ricettazione professionale commessa da una banda, ai sensi del § 261 VII, terza proposizione, *StGB* il riciclaggio, ai sensi del § 285 b I *StGB* la partecipazione del membro di una banda al gioco d'azzardo non consentito (§ 284 III n°2 *StGB*), nonchè, ai sensi del § 30 c *BtMG*, con le limitazioni di cui al § 30 c I seconda proposizione *BtMG*, i reati relativi al traffico di stupefacenti di cui al § 29 I n°1, 4-6 e 10 ed ai §§ 29a-30 *BtMG*.

soprattutto nel settore della criminalità organizzata. Nel settore giuridico delle 'altre misure',²¹ la legge ha aggiunto²² alla confisca teoricamente possibile in rapporto a tutti i reati che comportano profitti la cosiddetta confisca allargata per determinati reati rispetto ai quali la legge la consente²³. La confisca allargata è possibile, quale facilitazione probatoria, anche quando non è possibile provare che attraverso il reato sia stata ottenuta un'utilità, ma vi sono circostanze che giustificano la supposizione secondo cui gli oggetti suscettibili di confisca sono stati ottenuti per la commissione di fatti antigiuridici o mediante gli stessi. Il fine di essa è quello di agevolare l'abbattimento di profitti della criminalità organizzata attraverso allentamenti dei requisiti della prova altrimenti previsti ai fini della restituzione di profitti di reato mediante la confisca. Il legislatore della *OrgKG* sperava che sarebbe stato possibile, grazie alla criminalizzazione del riciclaggio, alle regole che la supportavano ed alla loro attuazione pratica da parte degli organi preposti alla lotta alla criminalità, penetrare nelle strutture della criminalità organizzata, sottrarre alla stessa possibilità di accumulazione di profitti e colpirla così nel 'punto nevralgico'.²⁴ Questa speranza viene condivisa anche dai sostenitori della "legge per la lotta alla criminalità organizzata".

2. Questa speranza è, *sit venia verbo*, vana. Essa è vana, anche se si

21) Misure sono, ai sensi del § 11 I n°8 *StGB*, le misure di sicurezza e correzione, nonché (qui, a differenza delle misure di sicurezza, definite come 'altre misure'), l'acquisizione pubblica, la confisca e la distruzione della cosa.

22) § 73 d *StGB*. Cfr. in proposito WEIßLAU, *Neue Methoden der Gewinnabschöpfung? - Vermögensrechtliche Beweislastumkehr*, in *StrV* 1991, p.226ss; DEUTSCHER RICHTERBUND, *Bekämpfung der Rauschgiftkriminalität*, in *DRiZ* 1990, p.105ss, 107 s.; KREY/DIERLAMM, *Gewinnabschöpfung und Geldwäsche*, in *JR* 1992, p.353ss.; PIETH, *Gewinnabschöpfung bei Betäubungsmitteldelikten: zu den Hintergründen und Risiken der neuen Gesetzgebung*, in *StrV* 1990, p.558ss.

23) Tali autorizzazioni legali si trovano nel § 150 I (per reati di cui ai §§ 146, 148 I, 149 I, 152 a *StGB*, nell'ipotesi di commissione professionale o quale membro di una banda), nel § 181 c (per i casi di cui ai §§ 181, 181a I n°2, quando l'autore è membro di una banda) e § 285 b (nel caso di cui al § 284 III n°3) *StGB*. La legge per la lotta alla criminalità organizzata estende, ai sensi del (nuovo) § 256 *StGB*, la confisca allargata - nei casi in cui l'autore agisce professionalmente, oppure quale membro di una banda che si è costituita al fine di commettere tali fatti - ai reati di estorsione (§ 253 *StGB*) e di estorsione mediante violenza su una persona o minaccia (§ 255 *StGB*).

24) *BT-Drucks.* 12/989, p.26; OTTO, *Geldwäsche und das strafrechtliche Risiko von Bankmitarbeitern*, in *Kreditwesen*, p.9ss., 9.

dovesse riuscire a risolvere i problemi interpretativi connessi al § 261 *StGB*. Essa è vana per ragioni 'interne alla fattispecie' ed 'esterne alla fattispecie'. Non era e non è da attendersi che il § 261 *StGB* impedisca l'introduzione clandestina, insopportabile per la società nel suo complesso, di '*producta et lucra ex criminibus*' nel circuito economico, creando, con le cautele di cui al § 261 *StGB*, rischi sanzionatori a carico di coloro che vengono usati o strumentalizzati abusivamente dagli autori che realizzano utilità attraverso il reato, e da coloro che ne lucrano profitti, al fine di tale introduzione clandestina.

a) Per quanto concerne le ragioni interne alla fattispecie, la struttura tipica del § 261 *StGB* dovrebbe essere costruita in modo adeguato allo scopo. "Ma non è così"²⁵. E, se non si intende pregiudicare la libertà e l'efficienza di un sistema creditizio e finanziario utile al benessere generale, difficilmente ciò sarà possibile.

Infatti, conforme al fine sarebbe incriminare, in presenza del dolo o (da questo punto di vista, andando oltre le direttive²⁶ internazionali e sovranazionali) di ogni forma²⁷ di colpa, ogni transazione che immette clan-

25) HETZER, *Der Geruch des Geldes - Ziel, Inhalt und Wirkung des Gesetzes gegen Geldwäsche*, in *NJW* 1993, p.3298ss., 3299.

26) Peraltro, al di là delle direttive ufficiose o addirittura vincolanti, l'inclusione del riciclaggio colposo è, coerentemente con lo scopo, una richiesta avanzata anche a livello internazionale, cfr. i contributi di ESER e J. MEYER nell'audizione pubblica della commissione giuridica del *Bundestag*, svoltasi il 22/1/1992, in *Deutscher Bundestag, 12. Wahlperiode 1990, 6. Ausschuß, Protokoll n°31* p.96, 115ss., 192.

27) Per la limitazione alla sola colpa grave si è addotto che l'estensione della punibilità all'agire non doloso infrangerebbe il principio secondo cui "la condotta colposa nell'ambito dei reati patrimoniali non dev'essere minacciata di pena criminale, nell'interesse della libera circolazione economica", DREHER/TRÖNDLE, *StGB*, 46ª ed., 1993, § 261 *Rdn.* 17; cfr. anche *BT-Drucks.* 12/2720, p.43. In primo luogo, il principio della non punibilità della condotta colposa nel settore dei reati contro il patrimonio non è inviolabile. In secondo luogo, il § 261 *StGB* non è un reato contro il patrimonio. Una fattispecie di riciclaggio tutela in ogni caso quale bene giuridico meritevole di tutela penale un valore essenziale di una economia sociale di mercato, e cioè la conservazione dell'accettabilità di un settore finanziario e creditizio funzionante e tale da renderla possibile. Tale fattispecie non protegge l'altrui patrimonio. Ed in terzo luogo va deciso in prospettiva politico-criminale e politico-economica, nei limiti del costituzionalmente legittimo, quali rischi penali possono essere accollati a coloro che vengono strumentalizzati abusivamente da criminali al fine dell'introduzione clandestina di '*lucra ex criminibus*' nella libera circolazione economica. Per Hetzer "l'introduzione di una forma colposa di colpevolezza è indicata"; v. HETZER, *Der Geruch des Geldes - Ziel, Inhalt und Wirkung des Gesetzes gegen Geldwäsche*, in *NJW* 1993, p.3298ss., 3299.

destinamente nel circuito economico legale, in modo reale o in termini di valore, magari anche solo contabile, oggetti di valore patrimoniale, ottenuti da un qualsiasi o per un qualsiasi²⁸ reato. Ammesso che sia possibile formulare una fattispecie di riciclaggio sufficientemente determinata e compatibile con altre norme giuridiche,²⁹ che minacci di pena chiunque, nell'ambito della propria attività professionale od economica, cagioni o agevolhi volontariamente o colposamente l'immissione clandestina di proventi di reati nel circuito economico, una tale fattispecie non si concentrerebbe sulla 'lotta' contro la criminalità organizzata e sull'infiltrarsi nelle sue strutture attraverso metodi occulti di prevenzione dei reati. Essa metterebbe in evidenza il punto d'ingresso di proventi illegali derivanti da reati nel circuito finanziario legale. Essa focalizzerebbe l'attenzione sul contributo che operatori economici presumibilmente corretti potrebbero apportare contro l'abuso della loro attività professionale legale; qualora fossero disponibili ad un controllo elevato. Essa non colpirebbe soltanto funzionari imprudenti addetti allo sportello, o subalterni o pesci piccoli che agiscono in privato e che si lasciano pagare i propri crediti con proventi di reati. Essa interesserebbe anche i gruppi dirigenti di imprese che non operassero, nella loro attività dirigenziale, con la diligenza necessaria, nella circolazione di danaro e merci, ai fini di una difesa dal riciclaggio. Essa farebbe male a tutti; costerebbe a tutti di più di una legislazione simbolica e di carta, o di riconoscimenti a parole e della mera indignazione. Essa richiederebbe collaborazione. Sarebbe scomoda per coloro che hanno alte funzioni manageriali in istituti che compiono operazioni bancarie e finanziarie 'a rischio di riciclaggio'. Sarebbe pregiudizievole per i titolari di tali istituti, in quanto renderebbe più difficili gli scambi. Farebbe male anche all'intera società, perchè comprometterebbe la rapidità della circolazione economica, in particolare anche nel settore creditizio e finanziario. Essa richiederebbe controlli accentuati e costituirebbe un fattore di costo che verrebbe scaricato su tutti i clienti delle banche. Si può giungere ad ipotizzare che essa potrebbe incidere sul benessere economico dipendente dalla rapidità dei servizi e

28) Nel catalogo restrittivo dei reati-presupposto Hetzer vede un 'grave difetto strutturale', cfr. HETZER, *Der Geruch des Geldes - Ziel, Inhalt und Wirkung des Gesetzes gegen Geldwäsche*, in *NJW* 1993, p.3298ss., 3299.

29) I dubbi rispetto ad una responsabilità per colpa scaturiscono, tra l'altro, dal fatto che i §§ 257 - 259 *StGB* non contemplano la responsabilità colposa, cfr. OTTO, *Geldwäsche und das strafrechtliche Risiko von Bankmitarbeitern*, in *Kreditwesen* 1994, p.9ss., 9.

della circolazione dei beni, e di conseguenza sulla reale fruibilità di alcune libertà (come ad esempio quelle relative alla fruizione di servizi offerti dal settore bancario e del consumo).

b) La vigente formulazione del § 261 *StGB* è in parte troppo ampia, in parte troppo ristretta. Essa non è quella di un reato proprio limitato agli operatori attivi nel settore della circolazione del danaro, del settore finanziario e creditizio.³⁰ Essa descrive un reato comune. E tuttavia resta inadeguata rispetto all'obiettivo del legislatore di contrastare gli "effetti criminosi" che scaturiscono dal 'lavaggio' di profitti patrimonialmente rilevanti di reati³¹ e di impedire "l'immissione di oggetti patrimoniali provenienti dalla criminalità organizzata nel circuito finanziario ed economico a scopo di occultamento".³²

3. Dunque, il diritto penale tedesco conosceva già, dopo la *OrgKG*, la fattispecie del riciclaggio. Esso aveva ampliato le possibilità processuali di indagare su situazioni in cui si cominciava a sospettare un'ipotesi di riciclaggio. Inoltre, aveva aperto spazi di manovra sanzionatori, prevedendo, in forma di pena patrimoniale, nonchè di confisca allargata, mezzi per accollare ai riciclatori che avessero commesso il fatto in bande³³ particolari costi, e per sottrarre loro i proventi di reato attraverso la confisca allargata, grazie a presupposti probatori semplificati. Ma non aveva inciso sulla struttura fondamentale della distribuzione di obblighi tra privati (sia che si trattasse di individui che di soggetti collettivi) creando a carico di privati degli obblighi di procurarsi, verificare e/o inoltrare informazioni ottenute riguardo ad atti di eventuale domanda di transazioni finanziarie sospette. La "Legge

30) Teoricamente, se si volesse colpire l'accumulazione di proventi criminali e la loro immissione nel circuito finanziario legale, si dovrebbe pensare ad un siffatto reato proprio. Il fatto che vi siano anche banche pararegali o occulte non costituirebbe un ostacolo; infatti, chiunque, in qualità di Istituto (cfr. § 1 *GWG*), si presenta come soggetto economico del settore finanziario in senso ampio, rispettoso della legalità, ed usa la libertà ad esso garantita in considerazione di ciò, può anche essere assoggettato (correttamente, da un punto di vista sociale) all'obbligo particolare di contrastare il pericolo di essere strumentalizzato. Ma il § 261 *StGB* è concepito come reato comune. Esso abbraccia anche la partecipazione del 'civis ex populo' alla circolazione onerosa del danaro e dei servizi negli scambi della vita quotidiana. Il § 261 II n°2, *StGB*, seconda ipotesi alternativa, ricollega anche all'uso della libertà generale di partecipare a tale circolazione dei rischi penali.

31) *BT-Drucks.* 12/989, p.27.

32) *BT-Drucks.* 12/989, p.26, cfr. anche p.23.

33) § 261 VII 2ª proposizione, in relazione al § 43 a *StGB*.

per la lotta al traffico illegale di stupefacenti e ad altri fenomeni collegati alla criminalità organizzata" (*OrgKG*) del 15 luglio 1992 non obbligava i soggetti economici attivi nel settore creditizio e finanziario ad una collaborazione alla 'lotta' contro il riciclaggio, consistente nel 'filtrare i sospetti'. La *OrgKG* rimase, per i portavoce della 'lotta alla criminalità organizzata', "a metà strada"³⁴. In rapporto al § 261 *StGB* si poteva, dunque, già in occasione della sua entrata in vigore, pronosticare che esso "non avrebbe presumibilmente neanche in futuro acquistato alcun significato, senza una serie di obblighi di supporto, di denuncia e di documentazione, a carico delle banche"³⁵. Il § 261 *StGB* sarebbe andato in ogni caso "a vuoto, fino a quando non fosse stato assicurato l'adempimento di obblighi di denuncia e di registrazione"³⁶.

II. Soltanto la "Legge sulla individuazione di profitti di gravi reati (Legge sul riciclaggio *GwG*)" del 25 ottobre 1993³⁷ ha introdotto la responsabilizzazione di soggetti economici allo scopo di ottenere e verificare indizi. La legge sul riciclaggio è entrata in vigore il 29 novembre 1993³⁸. Essa obbliga istituti creditizi e finanziari, nonchè le Poste federali tedesche³⁹ ad adottare misure legalmente determinate, dai costi cospicui, la cui mancata adozione può esser punita, a certe condizioni, con multe fino a 200.000 marchi tedeschi⁴⁰. Tra gli obblighi introdotti per la prima volta

34) HETZER, *Geldwäsche im Schnittpunkt von Wirtschaft und Kriminalität*, in *ZfZ* 1993, p.258ss., 260; HETZER, *Der Geruch des Geldes - Ziel, Inhalt und Wirkung des Gesetzes gegen Geldwäsche*, in *NJW* 1993, p.3298ss., 3299.

35) HINKELMANN, *Geldwäsche - Rechtslage in der Bundesrepublik Deutschland*, in *VuR* 1993, p.269ss., 270.

36) HETZER, *Der Geruch des Geldes - Ziel Inhalt und Wirkung des Gesetzes gegen Geldwäsche*, in *NJW* 1993, p.3298ss., 3299.

37) *BGBI.* 1993 I, p.1770ss. Cfr., sulla *GwG*, *Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT - Drucks.* 12/2704 del 27/5/1992, p.1ss.; FÜLBIER, *Kritische Anmerkung zum Regierungsentwurf eines Gewinnaufspürungsgesetzes*, in *ZBB* 1992, p.124ss.; FÜLBER/AEPELSACH, *Das Geldwäschegesetz*, 2ª ed., 1994; HETZER, *Der Geruch des Geldes - Ziel, Inhalt und Wirkung des Gesetzes gegen Geldwäsche*, in *NJW* 1993, p.3298ss.; SCHRÖTER, *Vom Gewinnaufspürungs- zum Geldwäschegesetz*, in *Sparkasse* 1993, p.530ss.; UNGNADE, *Rechtliche Aspekte bei Der Umsetzung des OrgKG und des Geldwäschegesetzes in der Kreditwirtschaft*, in *WM* 1993, p.2069ss., 2105ss.; VAHLE, *Zum "Gesetz über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten (Geldwäschegesetz)"*, in *DNP* 1994, p.3ss.; WAGENER, *Geldwäsche: "Die Banken werden gefordert"*, in *Bankinformation* 1992,6, p.58s.

38) Art. 6 *GwG*.

39) Cfr. § 1 I, II e IV *GwG*.

40) § 17 *GwG*.

dalla legge sul riciclaggio si annoverano, tra l'altro, le identificazioni di clienti dell'istituto,⁴¹ la registrazione e la custodia di dati identificativi⁴² nonché la denuncia di casi sospetti da parte degli istituti⁴³.

Bisogna riconoscere che la 'lotta' contro l'accumulazione di valori patrimoniali provenienti da reati non è praticabile senza conoscenze relative alle fonti del possesso del patrimonio. Tuttavia si dubita, oggi come in passato, che la legge sul riciclaggio, attraverso la creazione di obblighi in capo a banche ed altri istituti, possa impedire o rendere difficile, in modo dimostrabile ed in misura degna di nota, l'immissione di danaro illegale nel circuito economico ed il 'lavaggio' dello stesso danaro⁴⁴.

1. Sicuramente, la legge tedesca sul riciclaggio ha valore simbolico. Ha valore simbolico come ogni legge degli Stati nazionali che adempie alla direttiva del Consiglio della Comunità europea del 10 giugno 1991 per l'impedimento dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio. Obbligando gli istituti di un sistema finanziario, organizzato, in armonia con la costituzione economica dell'Unione europea, secondo le regole di un'economia di mercato, ad atti (che garantiscono una maggiore trasparenza) di controllo, documentazione e segnalazione, relativi a trasferimenti qualificatamente sospetti di riciclaggio, tale legge dimostra la propria volontà di conservare la capacità di rendimento e l'accettabilità di questo sistema finanziario, nonché la sua compatibilità con il sistema sociale nel suo complesso.

Una tale volontà è altamente compatibile con la Costituzione di uno stato sociale di diritto, qual è la Legge fondamentale della Repubblica federale tedesca, così come con il diritto primario dell'Unione Europea. Per ogni sistema economico, le risorse materiali ed immateriali di cui esso dispone (ad esempio, capitale, mezzi di produzione, tempo) sono sempre scarse. Ogni sistema economico vuole usare nel modo più efficiente possibile le proprie risorse nell'interesse dell'allocazione ottimale dei beni e del benessere generale⁴⁵. Il tempo che costa il controllo della qualità dei trasferimenti

41) Cfr § 2 ss. GwG

42) Cfr. § 9 GwG. Il § 10 GwG limita la disponibilità e l'utilizzabilità delle registrazioni effettuate.

43) Cfr. § 11 GwG. Il § 13 GwG completa quest'obbligo dell'istituto con l'obbligo di un'autorità competente secondo il § 16 GwG di denunciare casi sospetti.

44) FÜLBIER/AEPFELBACH, *Das Geldwäschegesetz*, 2ª ed., 1994, p.57; VAHLE, *Zum "Gesetz über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten (Geldwäschegesetz)"*, in DNP 1994, p.3ss., 11.

45) Cfr. WELSCH, *Wohlfahrtstheorie und Wirtschaftspolitik natürlicher Ressourcen*, 1984, p.6ss.

menti di beni e dei servizi viene ridotto al minimo dal sistema, presupponendo che vi sia onestà sia dal lato dei produttori di beni e di servizi che dal lato della domanda, oppure pretendendola e prevedendo sanzioni in caso di disonestà qualificata⁴⁶. Chi offre danaro o altri beni di valore patrimoniale può, in via di principio, contare sul fatto che non venga speso del tempo per verificare da dove provenga questo danaro⁴⁷. Certo, non vale il principio secondo cui 'non si parla del danaro'; ma è d'uso comune il principio secondo cui 'colui al quale viene offerto del danaro non deve chiedere da dove esso proviene'. Ciò accresce l' idoneità di danaro o beni equivalenti al danaro a fungere da mezzi di pagamento. L'alta velocità del trasferimento di danaro o di beni di valore economico contribuisce all'ottimale allocazione dei beni ed all'efficienza del sistema economico globale. Il fatto che non si chieda da dove provenga il danaro fa aumentare la velocità degli scambi di beni e servizi a pagamento. Il benessere generale si costruisce, nelle moderne società industriali, su questo.

Le società strutturate secondo il modello dello Stato borghese riconoscono al singolo ovunque un' autonomia personale ed un potere di disposizione sui propri interessi. Il loro sistema economico è organizzato in maniera libertaria. I singoli articolano quali soggetti economici individuali i loro bisogni. Essi sono liberi di domandare o di offrire beni o servizi; sono autorizzati a conciliare i loro interessi, articolati autonomamente, con gli interessi di altri, attraverso il pagamento di un prezzo, qualora sussista il relativo potere d'acquisto. Essi hanno il diritto di attivarsi economicamente, di partecipare alla vita del sistema dell'economia del credito, di offrirne e domandarne le prestazioni. Uno stato sociale di diritto non tiene conto soltanto dei poteri di definizione del singolo. Esso non vuole neanche solamente un sistema di mercato strutturato in un modo libertario; vuole anche una economia sociale di mercato. Quest'ultima conserva, certo, i caratteri essenziali di un'economia libera di mercato, ma non abbandona il mercato a se stesso. Essa pone, nell'interesse di libertà realmente sperimentabili, delle condizioni-limite, ed assicura in maniera attiva la sussistenza di condizioni essenziali di funzionamento; contrasta gli effetti negativi dell'uso della libertà, nonchè i pericoli di abuso. La Legge fondamentale della Repubblica federale tedesca effettua, ricollegandosi agli accordi conclusi nel-

46) Cfr. ad esempio il § 264 a *StGB*.

47) Cfr. § 935 II *StGB*.

l'ambito della riunificazione tedesca tra la Repubblica democratica tedesca e la Repubblica federale tedesca,⁴⁸ una dichiarazione di principio in favore di una cosiddetta 'economia di mercato controllata'⁴⁹. Il diritto primario dell'Unione Europea è in sintonia con tale dichiarazione⁵⁰. Ogni Stato che condivide nei fatti tale dichiarazione di principio si preoccupa di rendere effettive le libertà del singolo, e, perciò, anche di conservare le condizioni necessarie alla reale fruibilità delle libertà civili. Esso, perciò, non solo consente un sistema finanziario organizzato in larga misura secondo schemi propri dell'economia privata, nonchè la prestazione e la fruizione il più possibile efficiente dei servizi di un tale sistema; ma assoggetta tale sistema anche a requisiti di qualità, difendendolo dal rischio di un abuso della libertà tale da mettere in questione la conservazione, utile alla libertà, del sistema stesso. Inoltre, tiene conto del fatto che chi è particolarmente ricco diviene influente. Lo Stato sociale di diritto, pur non apprezzando il motto secondo cui "il danaro governa il mondo", ne conosce il contenuto di verità. Esso rileva che si può diventare ricchi attraverso imprese criminose, che si possono conseguire vantaggi in termini di competitività rispetto a con-

48) *Accordo sulla creazione di un'unione monetaria, economica e sociale tra la Repubblica federale tedesca e la Repubblica democratica tedesca* del 18 maggio 1990 (cfr. in proposito la legge relativa a questo accordo, del 25 luglio 1990, in *BGBL*, II, p.518ss.) e *Accordo tra la Repubblica federale tedesca e la Repubblica democratica tedesca sull'instaurazione dell'unità della Germania* (Einigungsvertrag) del 31 agosto 1990, in *BGBL*, 1990 II, p.889ss. Cfr. per esempio l'art. 11 I dell'Accordo *sulla creazione di un'unione monetaria, economica e sociale tra la Repubblica federale tedesca e la Repubblica democratica tedesca* del 18 maggio 1990, secondo cui andava assicurato che le misure delle Parti contraenti "fossero in armonia con l'economia sociale di mercato".

49) Ciò vale nonostante l'opinione contraria della Corte costituzionale tedesca, che sostiene la neutralità della Legge fondamentale in materia di costituzione economica; cfr. fondamentalmente *BVerfGE* 12, p.354ss., 363s. Cfr. sul tema BOTTKE, *Zur Legitimität des Wirtschaftsstrafrechts im engen Sinne und seiner spezifischen Deliktsbeschreibungen*, in *Festschrift für Tiedemann*, in corso di pubblicazione; BOTTKE, *Freiheit durch Wirtschaftsstrafrecht*, in BOTTKE/LAMPERT/RAUSCHER (a cura di), *Freiheit als zentraler Grundwert demokratischer Gesellschaften, Interdisziplinäre gesellschaftspolitische Gespräche an der Universität Augsburg, Band 2*, 1992, p.197ss.; BOTTKE, *Das Wirtschaftsstrafrecht in der Bundesrepublik Deutschland - Lösungen und Defizite Teil I und Teil 2*, in *Wistra* 1991, p.1ss., 52ss.

50) Il Trattato CEE vincola le Parti contraenti, tra l'altro, al mercato comune, alla libertà di circolazione economica, alla libera concorrenza, ai principi dello Stato di diritto, al principio dello Stato sociale ed alla tutela dell'ambiente. La Direttiva del Consiglio della Comunità Europea del 10 giugno 1991, per l'impedimento dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio si basava a ragione sull'art.57 II 1 e 3, nonchè sull'art.100a del Trattato CEE.

correnti che agiscono legalmente, e che, in assenza di un abbattimento dell'accumulazione di capitali, si acquista potere economico e politico. Questo avviene in particolare quando è possibile reinvestire i profitti provenienti dalla criminalità organizzata nell'economia legale. La fase precedente necessaria a tal scopo è l'occultamento sistematico di *lucra ex criminibus* attraverso gli strumenti del mercato finanziario. Quando danaro illegale o altri oggetti di valore patrimoniale vengono introdotti nel circuito legale monetario e finanziario, cioè, ad esempio, quando danaro in contanti proveniente dal mercato della droga viene trasformato in moneta contabile presso banche,⁵¹ oppure somme ingenti vengono trasferite, in contanti o meno, si raggiunge un punto cruciale, in cui il sistema complessivo della società viene danneggiato. Quest'ultima, infatti, ha un interesse irrinunciabile al fatto che delinquere non convenga; se i proventi della criminalità vengono riciclati con successo su larga scala, viene violato l'imperativo minimo di una politica criminale razionale, secondo cui "*crime does not pay*". Se gli organizzatori di una criminalità lucrativa raggiungessero, attraverso l'accumulazione di *lucra ex criminibus*, un immenso potere monetario ed economico, diverrebbero i padroni dell'intera società. Se per essi diventa tutto acquistabile, ciò significa per tutti la perdita di una libertà realmente sperimentabile. Gli organi del sistema finanziario legale, controllando il ricorso ad essi in relazione al sospetto di abusi in forma di riciclaggio, preservano l'accettabilità del sistema da essi costruito. La legge sul riciclaggio, obbligandoli al controllo dei casi sospetti ed alla segnalazione degli stessi, dimostra a tutti i membri della società il suo impegno ad assicurare la conservazione delle condizioni di accettabilità del sistema finanziario, nell'interesse della libertà realmente sperimentabile da tutti. Inoltre, la legge sul riciclaggio, obbligando gli organi del sistema finanziario a prendere autonomi provvedimenti per l'individuazione dei casi sospetti ed a comunicare gli stessi, mira alla trasparenza ed alla realizzazione di possibilità di controdifesa. Se c'è qualcosa che può distogliere dei criminali che pensano in termini economici dall'associarsi con altri criminali è, quindi, dal far

51) Il versamento di contanti provenienti da azioni criminose, anche da conti, è chiamato "placement". Il trasferimento di danaro verso l'interno o l'estero, effettuato a volte attraverso transazioni complicatissime, viene definito come "layering". Cfr. *Begründung zum Entwurf des GwG der Bundesregierung*, BT-Drucks. 12/2704 vom 27/05/1992, p.10; ACKERMANN, *Geldwäscherei - Money Laundering*, 1992, p.18ss., sui diversi metodi di riciclaggio.

parte della criminalità organizzata, è un calcolo costi/benefici in cui i primi superano eventuali vantaggi del fatto e della partecipazione. La legge sul riciclaggio intende promuovere un'elevatissima probabilità di scoperta di profitti ottenuti attraverso la criminalità. Essa vuole creare, insieme alla fattispecie diretta contro il riciclaggio ed alle regole sanzionatorie penalistiche, un pericolo sufficientemente serio di perdita dei profitti e di accollo di costi.

2. Tuttavia, non è sicuro se la legge sul riciclaggio sia in grado di contribuire ad una probabilità sufficientemente alta di scoperta. Un elevato rischio di essere scoperti sarebbe il presupposto necessario di una efficacia generalpreventiva dello strumentario impiegato contro il riciclaggio e la criminalità organizzata. Chi si comporta in maniera criminale per arricchirsi viene distolto dalla commissione del reato soltanto quando suppone l'esistenza di un rischio sufficientemente elevato di scoperta del fatto e di restituzione del profitto del reato mediante confisca e devoluzione allo Stato, ovvero quando teme costi abbastanza pesanti, derivanti dall'accertamento della sua responsabilità penale. Solo quando la realtà osservabile di un chiarimento sufficientemente frequente delle ipotesi sospette dimostra l'esistenza di un tale rischio di scoperta e ascrizione del reato, le norme penali rivolte alla lotta al riciclaggio hanno capacità preventiva. Gli obblighi previsti dalla legge sul riciclaggio assicurano a mala pena questa capacità preventiva; infatti, gli istituti ed i soggetti che appartengono a tali istituti non sono obbligati ad accertare situazioni indizianti.

a) La legge non dice quando delle situazioni che interessano importi inferiori alla soglia dei ventimila marchi tedeschi danno luogo ad un caso sospetto rispetto a cui vale l'obbligo di identificazione. Il legislatore, del resto, difficilmente lo può dire. Infatti, solo in casi rarissimi è riconoscibile il fatto che una transazione serve al riciclaggio.

Ciò dipende in primo luogo dal fatto che le transazioni che servono al riciclaggio non si distinguono, nella loro parvenza esteriore obiettiva, da quelle che vengono effettuate nel rispetto della legge. Il riciclaggio si camuffa sotto le spoglie dell'abitudine delle transazioni finanziarie conformi alle norme. La fenomenologia del riciclaggio fa parte della normalità delle operazioni che vengono svolte ogni giorno. Il fatto che un versamento in contanti su un certo conto sia o meno un "*placement*" di profitti provenienti da reati non lo si vede. Il fatto che il trasferimento su conti numerati o l'utilizzo di parole in codice rientrino in un'operazione di "*layering*", quale secondo livello del "*money laundering*", non lo portano scritto in fronte. Se il danaro è già investito in conti, depositi o altri valori patrimoniali, non è

possibile distinguere le transazioni finanziarie finalizzate alla (ulteriore) 'integrazione' dai negozi finanziari legali. La debolezza del reperimento di indizi validi sta, in secondo luogo, nel fatto che il moderno sistema economico ha bisogno di risparmiare del tempo, che costituisce una risorsa scarsa. Chi domandasse a quale scopo serve la desiderata prestazione dell'istituto, agirebbe in maniera costosa; sprecherebbe tempo che potrebbe investire per sè altrimenti, in maniera economicamente proficua. In terzo luogo, la legge non costringe nè gli istituti nè gli appartenenti agli stessi ad accertare le situazioni sospette. Solo quando un istituto o un casinò ha accertato situazioni che lasciano dedurre che la transazione finanziaria concordata serva ad un riciclaggio, ai sensi del § 261 *StGB*, o che servirebbe ad esso nel caso in cui fosse eseguita, interviene l'obbligo di identificazione di cui al § 6 *GwG*. Ciò che non si sa delle situazioni indizianti, perchè non lo si è accertato, non crea alcun obbligo di identificazione. Il § 261 *StGB* non cambia niente rispetto a ciò, almeno per quanto riguarda le situazioni di omesso accertamento che si collocano al di sotto della soglia della colpa grave⁵². In quarto luogo, è difficile acquisire conoscenze durevolmente affidabili sulle caratteristiche oggettivamente sospette in un riciclaggio. Infatti, i metodi del riciclaggio sono costantemente modificabili. La forma esteriore che costituisce un indizio di riciclaggio è in evoluzione permanente ed è difficilmente afferrabile.

b) Le organizzazioni degli istituti obbligati secondo la legge sul riciclaggio non sono state, finora, in grado, anche a causa della mancanza di sufficienti esperienze, di elencare i casi di transazione eventualmente sospetti. I cataloghi di caratteristiche sospette delle operazioni, redatti dalla polizia criminale e dall'ufficio criminale federale, indicano, certo, "indizi di riciclaggio" (ad esempio, lo sono dei versamenti in contanti eseguiti con molte banconote di piccolo taglio). Ma essi sottolineano anche di non essere esaustivi, e non hanno in nessun caso l'efficacia di definire i caratteri del riciclaggio.

c) Dunque, l'obbligo di identificazione contemplato dal § 6 *GwG* presuppone, senza richiederlo, un'alto grado di volontaria attenzione e di disponibilità all'accertamento. Esso esige una 'buona volontà' dei destinatari della norma e dei loro collaboratori, nonchè la fiducia della comunità nell'efficace traduzione concreta di essa. Facendolo, esso mostra ottimismo,

52) § 261 V *StGB*.

oppure, a seconda dei punti di vista sugli interessi propri dei destinatari, ingenuità. Quell'obbligo partecipa del carattere simbolico della legge. Esso afferma che qualcosa contro il riciclaggio viene fatto, ma non dice quando e in che modo si possa stabilire la presenza di circostanze che costituiscono indizi. Esso asserisce che il sistema finanziario è accettabile; ma la ricchezza di contenuto preventivo della sua asserzione "sembra doversi giudicare, tutto sommato, piuttosto negativamente"⁵³.

d) Il sistema finanziario, come l'economia,⁵⁴ è un sistema autoreferenziale. Esso costruisce in larga misura da sé le regole del proprio funzionamento. Il diritto fissa solo delle condizioni-limite. I soggetti economici collettivi, tipici del sistema creditizio e finanziario, sono unità sociali con identità propria, che regolano autonomamente la loro organizzazione e la divisione del lavoro al loro interno. E' conforme ad entrambe le caratteristiche il fatto che gli istituti finanziari e creditizi determinino, in larga misura, autonomamente la misura del controllo che effettuano per impedire il ricorso ad esse finalizzato ad occultare la fonte delittuosa di valori patrimoniali.

Il legislatore della *GwG* tiene conto del carattere autoregolamentato dei soggetti collettivi attivi nel sistema creditizio e finanziario già attraverso la sua rinuncia a stabilire i presupposti dell'obbligo di individuare ed accertare situazioni indizianti. Ancora più chiaramente egli rispetta l'autonomia di disciplina dei soggetti economici citati nel § 14 *GwG*. Infatti, se è vero che egli esige dagli istituti creditizi, dalle imprese di assicurazioni, dagli ufficiali delle aste pubbliche, dagli istituti finanziari, da chi commercia in metalli nobili, dai casinò e dalle Poste federali tedesche⁵⁵ "misure di sicurezza interne", è anche vero che dà soltanto impulso ad esse, richiedendo l'individuazione di un dirigente quale interlocutore delle autorità deputate al perseguimento penale, in rapporto al perseguimento del riciclaggio ai sensi del § 261 *StGB* (vedi § 14 II n°1 *GwG*)⁵⁶. Il legislatore della *GwG*

53) VAHLE, Zum "Gesetz über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten (*Geldwäschegesetz*)", in *DNP* 1994, p.3ss., 6.

54) Cfr. LUHMANN, *Funktionen und Folgen formaler Organisation*, 2ª ed., 1972.

55) Cfr. § 14 I nr°1-8 *GwG*.

56) Secondo *BR-Drucks.* 220/92 dell'8/4/1992, p.51, l'interlocutore dev'essere un "dirigente" autorizzato a rappresentare esternamente l'impresa con dichiarazioni vincolanti e competente ad impartire ordini all'interno dell'impresa.

non si intromette nell'individuazione, interna all'impresa, dei compiti di questa persona. Inoltre, egli esige "l'elaborazione di principi interni, di procedure e di controlli volti ad impedire il riciclaggio" (§ 14 II n°2 *GwG*). Ma non dice come tali principi, procedure e controlli debbano concretizzarsi. Egli auspica "che venga assicurato che gli impiegati autorizzati ad effettuare transazioni finanziarie, in contanti e non, siano affidabili" (§ 14 II n°3 *GwG*). Ma non fissa criteri di affidabilità e di scelta degli impiegati. Ed auspica, ancora, "la corretta informazione di questi impiegati circa i metodi del riciclaggio" (§ 14 II n°4 *GwG*), ma tace su contenuto e modalità di tale informazione. Inoltre, egli non presidia nè la carente, nè l'assolutamente mancata adozione di misure di sicurezza interne con sanzioni che colpiscono lo stesso soggetto economico obbligato, ma fa affidamento sulla disponibilità degli obbligati ad ottemperare autonomamente all'incarico di emanare una disciplina.

e) *In summa*: dal momento che la *GwG* ricollega il sorgere, a carico degli operatori del settore creditizio e finanziario, di un obbligo di identificazione e segnalazione dei sospetti a situazioni indizianti già accertate, essa si affida, nonostante tutto il suo parlare di obblighi, alla 'voglia di indagare' di tali operatori. Promuovendo misure interne prive di strumenti repressivi, essa fa affidamento sulla disponibilità dei soggetti economici che operano conformemente al diritto a procedere per proprio interesse contro l'occultamento di profitti di reato e l'immissione clandestina nel circuito economico legale. Per questo, non v'è da attendersi che mediante la *OrgKG* e la *GwG* sia cambiato o possa cambiare qualcosa in rapporto alla sostanziale ineffettività preventiva dello strumentario penalistico.

C. Sguardo d'insieme e valutazioni della Legge per la lotta alla criminalità.

Leggi che parlano di lotta alla criminalità⁵⁷ sono sospette, *de principio*,

57) Cfr. anche *Legge per la lotta alla criminalità economica del 29/7/1976* (1. *WiKG*), in *BGBI. I* (1976), 2034; *2ª Legge per la lotta alla criminalità economica del 15/5/1986* (2. *WiKG*), in *BGBI. I* 1986, 721; *Legge per il rafforzamento della tutela della proprietà immateriale e della lotta alle produzioni-pirata del 7/3/1990* (*PrPG*), in *BGBI. I* (1990), 1082; *Legge del 13/6/1990 sull'accordo del 10/3/88 per la lotta ad azioni illecite contro la sicurezza delle piattaforme fisse collocate su basamenti su terraferma*, in *BGBI. II* (1990), 494; *Legge del 15/7/1992 per la lotta al traffico illegale di stupefacenti e ad altri fenomeni legati alla criminalità organizzata* (*OrgKG*), in *BGBI. I* (1992), 1302.

rispetto ad una concezione 'civile' del diritto penale⁵⁸. Infatti, esse tendono a definire non soltanto dei fatti: esse intendono insinuare in chi pensa diversamente l'idea, scorretta, secondo cui gli eventuali responsabili dei fatti sono nemici dei cittadini e della loro società. Facendo appelli alla lotta alla criminalità, il loro linguaggio scruta alla ricerca di opinioni dissenzienti nel pubblico. Esse agiscono in modo politico e populistico rispetto ai critici. Esse si proteggono (per gli scettici fin troppo) con la bandiera del loro titolo. Si prefiggono un obiettivo difficile da contrastare sul piano della logica comune, ed oscurano la consapevolezza del fatto che la politica criminale di uno stato di diritto riduce la criminalità ad una misura sopportabile per il sistema e si può definire efficace già quando non si verificano 'troppi' reati con effetti imitativi. Le 'leggi di lotta' non santificano, certo, con la forza del loro nome, gli strumenti impiegati; ma rendono quanto meno più difficile la loro avveduta critica. Esse hanno la tendenza ad estendere,⁵⁹ attraverso la descrizione penalistica della condotta lesiva del bene giuridico, la sfera delle messe in pericolo di beni giuridici meritevoli di criminalizzazione, fino al limite del controllo preventivo di rischi.⁶⁰ Esse fanno in modo che, se l'effetto di modificazione della realtà a loro attribuito non si verifica, si invocchino subito ulteriori leggi, certi della necessità dello scopo e dei mezzi.

I. Siffatti auspici di correzione successiva si fanno sentire fortemente in Germania. Si dice che "altre misure per la lotta alla criminalità organizzata devono ovviamente (!) sopraggiungere"⁶¹. Quali misure di tal genere, il "progetto di una legge di modifica del codice penale, del codice di procedura penale e di altre leggi",⁶² sotto la 'bandiera' di "Legge di lotta alla criminalità", aveva proposto l'autorizzazione legislativa di ulteriori misure, giustificandola con l'affermazione secondo cui esse si sarebbero "dimostre necessarie nella prassi"⁶³. La parola chiave della 'lotta contro la criminalità' giova a coloro che se ne fanno sostenitori al fine di legittima-

58) Cfr. PRITTIWITZ, *Die Geldwäsche und ihre strafrechtliche Bekämpfung - oder: zum Einzug des Lobbyismus in die Kriminalpolitik*, in *StrV* 1993, p.498ss., 498.

59) Fondamentale in proposito PRITTIWITZ, *Strafrecht und Risiko: Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, 1993.

60) Cfr. JAKOBS, *Über die Behandlung von Wollenfehlern und von Wissenfehlern*, in *ZStW*, Bd.101, 1989, p.516ss.

61) SCHAEFER, *Organisierte Kriminalität - eine kaum hilfreich öffentliche Diskussion*, in *NJW* 1994, p.774s., 774, che effettua una valutazione dettagliata assai critica.

62) *Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und FDP, BT-Drucks. 12/6853, mit Begründung*.

63) Cfr. *ZRP* 1994, p.205; *BT-Drucks.12/6853*, p. 18.

re, accanto a modifiche al codice penale tedesco, anche interventi processualpenalistici, a scapito delle libertà e delle possibilità di difendersi dell'imputato. La 'lotta alla criminalità organizzata' dovrebbe legittimare l'estensione della disciplina dei pentiti, finora applicata solo in processi a terroristi, a reati che rientrano nella criminalità organizzata. Essa dovrebbe costituire la ragione dell'estensione della pena patrimoniale e della confisca allargata a reati commessi abitualmente o in bande, ai sensi dei §§ 253 e 255 *StGB*. Ed infine, essa dovrebbe fornire sostegno anche all'estensione del catalogo dei reati-presupposto del riciclaggio, di cui al § 261 *StGB*.

II. La legge per la lotta alla criminalità è stata emanata dal legislatore nel corso della campagna elettorale dell'anno 1994.⁶⁴ Non è remoto il sospetto che l'affermazione di volere ulteriori attività legislative che servano alla lotta alla criminalità sia stata motivata anche da ragioni elettorali. E' facile prevedere che le norme contro il riciclaggio avranno anche in futuro, come è avvenuto in passato, scarsa efficacia.

64) La formulazione della legge per la lotta alla criminalità sostenuta dal governo e dalla SPD nella commissione mediatrice (v. *BT-Drucks. 12/7837*) entra in vigore, dopo l'approvazione del *Bundesrat* avvenuta in data 23/9/1994, il 1/12/1994.