

# STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE

ANNO 1994 - 95

NUOVA SERIE A

N. 47



# STVDI VRBINATI

DI SCIENZE GIURIDICHE, POLITICHE ED ECONOMICHE

ANNO 1994 - 95

NUOVA SERIE A

N. 47

*Direttore responsabile*  
CARLO BO

*Comitato di Redazione*  
VITTORIO PARLATO – ANDREA CASTALDO

LA DISCIPLINA PENALE DELL'ATTIVITÀ BANCARIA:  
ESPERIENZA A CONFRONTO

Atti del  
Seminario Internazionale

Urbino – San Marino 20 - 22 ottobre 1994

II° Tomo

A cura di  
ANDREA R. CASTALDO

## INDICE

### III SEZIONE

#### LA TUTELA PENALE DELL'ATTIVITÀ BANCARIA NELL'ESPERIENZA COMPARATA E LA LOTTA AL RICICLAGGIO

- KLAUS VOLK  
Università di München  
*La situazione normativa nella  
Repubblica Federale Tedesca* pag. 335
- JESÙS-MARIA SILVA SÀNCHEZ  
Università di Barcellona  
*Il diritto penale bancario in Spagna* pag. 351
- SERGIO MOCCIA  
Università di Salerno  
*Impiego di capitali illeciti e riciclaggio:  
la risposta del sistema penale italiano* pag. 379
- CARLOS SUÀREZ GONZALES  
Università di Madrid  
*Riciclaggio e meritevolezza di pena:  
considerazioni critiche alla luce della legislazione spagnola* pag. 405
- WILFRIED BOOTTKE  
Università di Augsburg  
*Osservazioni su teologismo ed effettività  
nella fattispecie di riciclaggio* pag. 435
- PAOLO BERNASCONI pag. 457  
Università di San Gallo e Zurigo  
*La confisca e la punibilità del riciclaggio o del*

*provento della corruzione di pubblici funzionari*

LUIGIA S. ROSSI

Università di Urbino

*La lotta al riciclaggio dei capitali di provenienza  
illecita a livello internazionale dell' U.E.*

pag. 475

ANDREA CANO

Università di Sassari

*La normativa penale svizzera anti-riciclaggio*

pag. 493

#### IV SEZIONE

#### QUALE FUTURO PER IL “SISTEMA” PENALE BANCARIO?

GIOVANNI FLORA

Università di Firenze

*L'attualità del principio "Societas delinquere non potest"*

pag. 527

ANTONIO LAUDATI

Sostituto Procuratore Nazionale Antimafia

*Dalle pene tradizionali alle misure di prevenzione  
e sicurezza: i nuovi strumenti di contrasto alla criminalità  
economica e la crisi del modello punitivo classico*

pag. 537

VINCENZO MILITELLO

Università di Palermo

*Gruppi bancari e responsabilità penale*

pag. 547

LUIGI FOFFANI

Università di Catania

*L'infedeltà patrimoniale: verso una fattispecie penale?*

pag. 565

CARMEN DI GENIO

Università di Salerno

*Società di intermediazione finanziaria e responsabilità penale*

pag. 589

ANTONIO CAVALIERE

pag. 597

Università di Salerno

*Sui rapporti tra condotta di usura e attività di riciclaggio*

ELIO LO MONTE

Università di Salerno

*Osservazione su false fatturazioni e riciclaggio*

pag. 621

RAFFAELE CANTONE

Sostituto Procuratore della Repubblica presso la Pretura Circondariale di Napoli

*Il ruolo degli enti creditizi e degli intermediari finanziari nella legislazione di contrasto al riciclaggio. In particolare: l'obbligo di identificazione e di registrazione e la segnalazione delle operazioni sospette*

pag. 647

CARLO LONGOBARDO

Università di Salerno

*Aspetti giurisprudenziali della repressione delle condotte di riciclaggio*

pag. 673

CARLO PASQUARIELLO

Università di Salerno

*Cooperazione europea, intermediazione finanziaria e reimpiego dei capitali di illecita provenienza*

pag. 697

FERRANDO MANTOVANI

Università di Firenze

*Conclusioni*

pag. 721

III SEZIONE

LA TUTELA PENALE DELL'ATTIVITÀ BANCARIA  
NELL'ESPERIENZA COMPARATA  
E LA LOTTA AL RICICLAGGIO

KLAUS VOLK

LA SITUAZIONE NORMATIVA NELLA REPUBBLICA  
FEDERALE TEDESCA.



## I. La seconda legge per l'incremento del mercato finanziario.

In Germania ci sono novità. Il 26 luglio 1994 è stata emanata "la legge sul commercio in titoli e sulla modifica delle norme del diritto di borsa e dei titoli di credito (la seconda legge per l'incremento del mercato finanziario). Gran parte di questa legge è entrata in vigore il primo agosto 1994, il resto sarà valido a partire dal primo gennaio 1995.

### 1. Gli obiettivi della legge.

Lo scopo del legislatore era in primo luogo rendere più attrattivo il mercato finanziario tedesco e migliorare la sua competitività internazionale. Il legislatore intende:

- ampliare la tutela degli investitori
- assicurare la funzionalità delle borse valori per mezzo di norme giuridiche
- provvedere ad una collaborazione internazionale nella vigilanza sul commercio in titoli
- ampliare le possibilità di negoziazione delle società d'investimento
- abolire le restrizioni contenute nella legge di deposito ed in quella sulle società per azioni.

Il legislatore tedesco voleva inoltre adempiere alle direttive CEE sulla trasparenza del mercato ed integrarle nel proprio diritto.

### 2. Il sistema tecnico-legislativo.

Facciamoci prima un'idea generale sulle nuove norme create e su quelle che sono state modificate.

Al centro del nuovo regolamento (e del nostro interesse) sta la legge sul commercio in titoli. Con essa è stata creata una fattispecie penale sull'*insider trading* e si è istituito un ufficio federale di vigilanza per il commercio in titoli.

Sono state modificate, inoltre, la legge sulla borsa, la legge sulle società d'investimento, la legge sulle società per azioni e la legge sul deposito.

La mia relazione si orienterà alla struttura del sistema della legge per l'incremento del mercato finanziario, tuttavia con un'eccezione: tratterò la fattispecie contro l'*insider trading* alla fine. Ne parlerò più ampiamen-

te e criticamente rispetto, invece, alle altre modifiche di cui parlerò in via più sommaria.

Vediamo prima quali principi hanno guidato il legislatore nei suoi obiettivi di riforma.

### 3. I principi.

Cito ora una parte delle premesse sulla motivazione della legge.

“La capacità competitiva internazionale di un’economia nazionale, dipende in misura decisiva dalla funzionalità dei suoi mercati finanziari. Questi garantiscono la locazione efficiente di risorse e sono dunque un motore per la crescita ed i cambiamenti economici. Il fabbisogno finanziario in Germania sarà anche in futuro relativamente alto, viste le modifiche nella struttura economica delle nuove regioni; ma anche la crescita economica nelle vecchie regioni ha bisogno di una sufficiente formazione di capitale. Per questo si devono sfruttare come fonti di finanziamento, oltre al risparmio nazionale anche il capitale d’investimento straniero. Un mercato finanziario efficiente è rilevante anche per le sue capacità d’impiego. Il mercato dei servizi finanziari è un mercato del futuro con alti tassi d’incremento. La sua partecipazione alla formazione di capitale e alla popolazione lavorativa è in aumento.” (BT-Drucks. 12/6679, p.33).

Il compito dello Stato si limita in questo settore a creare le condizioni di base necessarie al mercato finanziario. Ci si aspetta dallo Stato che lasci, da una parte più libertà d’azione possibile e, garantisca dall’altra la tutela degli investitori. Le disposizioni nazionali sono parametri di competitività importanti per il mercato finanziario, se si considera la concorrenza internazionale.

#### a) *Provvedimenti atti a rafforzare la fiducia degli investitori.*

Il mercato finanziario dipende dalla fiducia dell’investitore. Tale rapporto di fiducia può essere corrotto dall’attività degli insider. L’*insider trading* deve essere quindi vietato e penalizzato. Inoltre la tutela degli investitori deve essere ampliata rendendo più velocemente accessibili le informazioni. L’investitore deve poter seguire l’esecuzione della sua commissione e la formazione dei prezzi. La trasparenza dell’attività economica ha un’importanza determinante. Ciò vuol dire anche poter conoscere chi sta dietro alle società quotate in borsa.

Il controllo del commercio in titoli in Germania, paragonato allo standard internazionale, è stato in passato alquanto misero. Si vuole ora

sviluppare una vigilanza più ampia; per questo è necessario estendere da un lato il controllo decentrato sulla borsa delle regioni e dall'altro collegarlo ad un ufficio di vigilanza federale che si occupi delle funzioni centrali. Ciò rappresenta un problema costituzionale, vista la struttura federale della Germania.

**b) Il settore borsistico.**

Il diritto tedesco sulla borsa deve tenere il passo con i nuovi sviluppi e divenire più dinamico. Il commercio in titoli ha raggiunto uno standard internazionale. I sistemi d'informazione elettronici ed i sistemi di commercio portano ad una concentrazione commerciale. Le piazze borsistiche ed i diversi sistemi di commercio devono garantire una competitività leale.

Il legislatore intende, inoltre, accrescere l'efficienza del risultato economico del mercato. Il mercato tedesco non era ancora completo. In ogni caso dopo la novella della legge sulla borsa del 1989, nella borsa valori a termine è stato, registrato un incremento non indifferente. Anche per la borsa merci a termine devono crearsi, ora, le premesse giuridiche.

**c) Liberalizzazioni.**

Il legislatore non vuole solo rafforzare le sue facoltà di controllo, ma anche abolire le disposizioni che limitano troppo la libertà d'azione. E' necessario liberare l'operatore economico, così nella motivazione della legge, (loc.cit., p. 34) "da vincoli non giustificati per permettergli, attraverso una politica produttiva orientata al consumatore, di aumentare l'attrattività del mercato finanziario." Nel diritto tedesco vengono introdotte, come abbiamo già detto, le due direttive CEE (88/627, 89/592), anche se con un po' di ritardo.

## **II. La nuova legge sul commercio in titoli.**

La legge contiene una nuova fattispecie penale contro l'*insider trading* (di cui parleremo in seguito più esaurientemente). Essa costituisce, inoltre, il fondamento giuridico per la fondazione di un ufficio federale di vigilanza sul commercio in titoli. I compiti e le facoltà di tale ufficio sono regolate nella legge, nella quale si distinguono quattro punti cardinali:

- persecuzione e lotta preventiva all'*insider trading*;
- controllo della pubblicazione "ad hoc" delle imprese quotate in borsa;
- controllo della pubblicazione in transazioni con partecipazioni ri-

levanti alle imprese quotate in borsa:

-cooperazione internazionale nel controllo dell'attività borsistica.

Per il futuro sono previste ulteriori competenze. La Repubblica Federale Tedesca non ha ancora introdotto, infatti, la direttiva CEE 93/22 sulla prestazione di servizi nel settore del commercio in titoli, nella quale si trattano soprattutto le regole di condotta ("rules of conduct").

1. Per la lotta contro l'*insider trading*, accanto alla sanzione penale, si conferiranno all'ufficio federale di vigilanza ulteriori poteri. Ad esso spetta il controllo del commercio dentro e fuori la borsa di titoli insider (§ 16). Se ci sono indizi per la trasgressione del divieto di *insider trading*, può richiedere informazioni agli istituti di credito ed alle imprese sulle negoziazioni di titoli insider che sono state effettuate per proprio conto o in commissione. L'ufficio federale di vigilanza può, inoltre, esigere dagli istituti di credito l'identità del committente. Anche gli emittenti sono obbligati a fornire informazioni sui titoli insider ed inoltre anche tutti coloro che sono a conoscenza di fatti insider.

L'ufficio federale non deve dipendere, tuttavia, dalle informazioni provenienti dall'esterno o dalla segnalazione di transazioni sospette. Esso deve controllare le negoziazioni di propria iniziativa e stabilire quali potrebbero essere sospette. Nella legge è stato introdotto anche un ampio obbligo di denuncia (§ 9). Gli istituti di credito, come pure le imprese autorizzate al commercio in borsa, devono comunicare immediatamente all'ufficio federale di vigilanza tutte le transazioni avvenute di titoli o simili. La denuncia deve effettuarsi tramite computer e contenere i seguenti dati:

- specificazione del titolo di credito;
- data ed ora della transazione;
- quotazione, numero ed importo nominale del titolo;
- imprese oppure istituti di credito che hanno partecipato alla transazione;
- borsa valori o sistema elettronico in questione;
- contrassegno per l'identificazione della transazione;

## 2. Pubblicazione "ad hoc".

Lo sfruttamento di informazioni insider non si vuole combattere solo per mezzo del diritto penale, ma intervenire anticipatamente per prevenire i casi di *insider trading*. Per far ciò è necessario abolire la possibilità di anticipo sulle informazioni che caratterizza proprio le conoscenze dell'insider. Si devono, quindi, obbligare le imprese alla divulgazione di

tutte le attività nuove introdotte nel loro campo d'azione che possano influenzare notevolmente il prezzo di borsa dei titoli. (§51).

Tale obbligo di pubblicazione si riferisce a tutti i fatti che possono avere effetti sulla situazione finanziaria e patrimoniale oppure sul decorso generale dell'attività di una società. Esso non comprende i fatti che sono già stati presentati nell'ambito delle pubblicazioni dei bilanci di fine anno o dei rapporti sulla situazione economica o nelle relazioni intermedie periodiche (§ 44, legge sulla borsa).

E' difficile, tuttavia, stabilire che cosa debba comprendere la fattispecie di un resoconto "ad hoc". Sono stati citati ad esempio la disdetta di contratti brevetto particolarmente importanti, contratti di fornitura e vendita oppure la cessazione di interi settori di produzione (p.es. dopo infortuni) ed anche la stipulazione di nuovi contratti che possano creare vantaggi all'impresa ed hanno un'importanza rilevante per il suo sviluppo. D'altra parte però, l'anticipo sull'informazione è un elemento vitale dell'economia. L'impresa deve poter mantenere i vantaggi concorrenziali raggiunti con le proprie capacità. La nuova norma sulla pubblicazione "ad hoc" non deve, significare per l'impresa la rinuncia totale a tali vantaggi, perchè deve rivelarli alla concorrenza.

### **3. Tutela degli investitori e trasparenza.**

L'opinione pubblica tedesca ha preteso sempre più la pubblicazione delle partecipazioni azionarie. Gli investitori devono poter farsi un'immagine precisa dei rapporti di partecipazione nelle società per azioni quotate in borsa; sono in grado, così, di decidere meglio. Naturalmente anche per le imprese è interessante sapere qual'è il proprietario che sta alle spalle di un'impresa. Per questo motivo è stata creata una norma sull'obbligo d'informazione delle persone soggette a denuncia (§21).

Chi raggiunge, supera o scende sotto il 5%, 10%, 25%, 50% o 75% dei diritti di voto di una società quotata in borsa, acquisiti tramite cessione, acquisto o in altro modo, e soggetto all'obbligo di denuncia. Deve comunicare immediatamente, al più tardi però entro sette giorni, all'impresa ed all'ufficio federale di vigilanza, quale limite è stato superato o è sceso al di sotto e a quanto ammonta la sua partecipazione al diritto di voto. In questo modo si vuole ottenere che si renda pubblico il volume dei titoli negoziabili liberamente e l'esistenza di grandi azionisti. Si spera, così, di poter ridurre gli anticipi sull'informazione, dei quali si potrebbe altrimenti abusare. Il legislatore tedesco è andato oltre le direttive CEE sulla trasparenza del mercato, in quanto l'obbligo di denuncia sussiste già con il 5%; resta indietro, tuttavia rispetto alla Gran Bretagna con il 3% ed all'Italia con il 2%.

#### 4. *L'ufficio federale di vigilanza per il commercio in titoli.*

Un'istituzione che in Germania esiste già da tempo è l'ufficio di vigilanza per il settore creditizio che si occupa del funzionamento del sistema bancario. Sono ora emersi nuovi compiti centrali che riguardano il settore del commercio in titoli. Si tratta del controllo generale del mercato che non può restare soltanto competenza dei Länder. Per un controllo più efficiente del commercio in titoli è necessario un organo centralizzato. Altrimenti non sarebbe possibile una cooperazione internazionale ragionevole. Si è creato, quindi, il nuovo ufficio federale di vigilanza sul commercio in titoli come "marchio di qualità per il mercato finanziario tedesco", come simbolo del mondo finanziario internazionale. Esso controlla il divieto di *insider trading*, si occupa dell'osservanza degli obblighi di denuncia e adempie, inoltre, un controllo generale sul mercato finanziario. Esso è organo del ministero federale delle finanze. I costi per il mantenimento di tale ente sono a carico degli operatori sul mercato e degli emittenti di titoli quotati in borsa. Il 90% dei costi vengono rimborsati al Bund con un'imposta di ripartizione.

Passiamo ora in rassegna i numerosi emendamenti legislativi apportati dalla seconda legge per l'incremento del mercato finanziario, prima di ritornare alla legge sul commercio in titoli, per parlare poi della fattispecie penale contro l'*insider trading*.

### III. Novella della legge sulla borsa valori.

Finora i Länder esercitavano il controllo di legittimità sulle borse valori. Tale controllo è stato esteso ad un controllo sull'attività commerciale. Si vuole quindi controllare anche la formazione corretta del prezzo e le liquidazioni dei contratti di borsa, non soltanto l'osservanza delle norme giuridiche esistenti. Su ogni piazza borsistica verrà collocato un ufficio di vigilanza per il controllo delle negoziazioni giornaliere.

Si creerà, inoltre, un *management* di borsa più professionale. Per questo ci si è orientati al modello organizzativo delle società per azioni.

E' stata rafforzata anche la posizione dell'investitore perchè possa scegliere liberamente il sistema di transazione per le operazioni in titoli.

E' cambiato il profilo professionale dell'agente di borsa che, per aumentare la liquidità del mercato, può effettuare molto più di prima negoziazioni per proprio conto e su richiesta di committenti. Agli agenti di borsa è stata conferita inoltre la facoltà di organizzarsi in associazioni.

Soprattutto l'economia agraria tedesca si è fatta valere per l'introduzione di una borsa merci a termine. La politica agraria della CEE rifiuta sempre più di assumersi la responsabilità sulla formazione dei prezzi. Il

problema dell'oscillazione dei prezzi dei prodotti agricoli può risolversi con i mezzi dell'economia di mercato, ovvero con l'istituzione di una borsa merci a termine.

#### **IV. Novella della legge sulle società d'investimento.**

I cambiamenti attuati in questa legge aprono alle società d'investimento nuove possibilità commerciali che gli permettono l'introduzione di nuove forme d'investimento ed un management più efficiente per gli affari a rischio. Per i fondi di investimento, per esempio, si potranno acquisire in futuro diritti di opzione su valuta e contratti finanziari a termine.

#### **V. Novella della legge sulle società per azioni.**

Le quotazioni di borsa delle azioni tedesche ammontano spesso ad importi tra i 500,— ed i 1000,— marchi. E' certo un valore nominale multiplo, tuttavia i valori nominali delle azioni tedesche sono troppo alti rispetto a quelli internazionali. Il valore nominale minimo è stato ridotto nella nuova legge da 50,— a 5,— marchi.

Gli istituti di credito che operano a livello internazionale mantengono azioni proprie nella dotazione commerciale. Per l'acquisto di azioni proprie tramite un istituto di credito non esistevano, finora, fondamenti giuridici sicuri, che sono stati creati ora dalla nuova legge.

#### **VI. Novella della legge di deposito.**

La pratica di depositare i titoli è ormai cambiata. Oggi domina il deposito collettivo di giro. Il deposito "a dossier" rappresenta ormai un'eccezione. Secondo la legge il rapporto regola-eccezione, finora, era stato inverso (il deposito collettivo rappresentava l'eccezione). L'emendamento tiene conto di tale abitudine cambiata. In futuro si potranno, inoltre, comunicare le garanzie dei clienti direttamente alla borsa. Prima erano le banche ad eseguire il servizio per conto del cliente ed a dover presentare le proprie garanzie alla borsa.

#### **VII. La nuova fattispecie contro l'insider trading.**

##### **1. Il sistema del regolamento legislativo.**

Il legislatore definisce nel § 12 i titoli insider e descrive nel § 13

l'ambiente insider. Nel § 14 è stabilito il divieto di attività insider a cui si riferisce la norma penale fissata nel § 38.

Dobbiamo analizzare queste norme più da vicino.

### **2. I titoli insider.**

I titoli insider sono tutti i titoli di credito negoziabili all'interno di una borsa nazionale o inclusi nel mercato libero, oppure quei titoli ammessi al commercio su un mercato in un altro Stato membro della Comunità Europea. Non è certo ovvio che il mercato libero sia stato introdotto nell'ambito di tutela. Le contrattazioni fuori borsa, infatti, non sono regolate da uffici riconosciuti legalmente. La funzionalità della borsa, quindi, non viene direttamente danneggiata dall'*insider trading* nel mercato libero. Il divieto dell'attività insider riguarda anche la tutela degli investitori, senza distinguere se le trasgressioni contro la legge insider hanno luogo nel mercato libero oppure in altri settori del mercato. Inoltre l'abuso insider nel mercato libero si estende pure sulla borsa e coinvolge il suo buon nome. Indirettamente ne è colpita quindi anch'essa.

Nella norma sui titoli insider, inoltre, è compresa anche la negoziazione di titoli in corso d'emissione (§ 12, co.2°). Vengono considerati titoli insider anche i diritti di sottoscrizione, di acquisto e di cessione di titoli di credito, i diritti di pagamento di un'importo di differenza, calcolato in rapporto allo sviluppo del valore dei titoli, ed i contratti a termine.

### **3. Gli insider.**

Il § 13 definisce l'insider:

“(1) Insider è colui che:

1. come membro dell'amministrazione o di un organo di controllo o come socio responsabile personalmente dell'emittente o di un'impresa collegata all'emittente;

2. in base alla sua partecipazione al capitale dell'emittente oppure ad un'impresa collegata all'emittente oppure,

3. in base alla sua professione o alla sua attività o alle sue mansioni, è a conoscenza di fatti non accessibili pubblicamente, riguardanti uno o più emittenti di titoli insider oppure i titoli insider, che sarebbero in grado se divenissero pubblici di influenzare notevolmente le quotazioni dei

titoli insider (fatto insider).

(2) Una valutazione ricavata esclusivamente in base ai fatti pubblicamente noti, non rappresenta un fatto insider, anche se può influenzare notevolmente le quotazioni dei titoli insider”.

In questa norma (co.1) si definiscono i così detti “insider primari”, cioè coloro a cui le informazioni insider sono direttamente accessibili.

Il presupposto per un fatto insider è la sua riservatezza. Non è il caso, quindi, quando ad un certo numero di persone indefinito è possibile venire a conoscenza. A ciò è sufficiente che l’informazione sia stata pubblicata secondo le disposizioni del diritto di borsa. Un fatto è noto al pubblico anche già quando la sua divulgazione ha raggiunto “il settore interessato”, cioè quando gli operatori economici hanno la possibilità di venire a conoscenza. Il divieto di *insider trading* ha lo scopo di salvaguardare il funzionamento del mercato dei titoli di credito nel settore economico europeo. E’ sufficiente, quindi, che gli operatori economici abbiano l’opportunità di informarsi ed orientare le loro disposizioni ai fatti. Per tale scopo di tutela non è necessario che il grande pubblico degli investitori abbia la possibilità di procurarsi le informazioni. Non ci si preoccupa in questo caso della tutela degli investitori, bensì della funzionalità della borsa.

L’informazione deve essere inoltre idonea, nel caso della sua pubblicazione, ad influenzare notevolmente il valore del titolo insider. Il significato di tale affermazione non è affatto chiaro. L’espressione “notevolmente” presenta naturalmente un nucleo centrale descritto in maniera abbastanza precisa: informazioni sul cambiamento del tasso dei dividendi, sull’intenzione di acquisto di un ingente numero di azioni, sulla vendita di certi titoli, sulla sospensione della quotazione, ecc. Questo concetto, però, non ha soltanto un nucleo solido, ma anche un significato molto ampio ed indeterminato. Di tale concetto si può tracciare un profilo netto solo se ci si orienta alle sfumature del mercato. Esistono determinate costellazioni per le quali l’operatore economico stesso può influenzare notevolmente il movimento delle quotazioni.

#### **4. Il divieto di *insider trading*.**

Tal divieto è contenuto nel § 14:

“(1) E’ vietato ad un insider,

1. sfruttare la propria conoscenza di un fatto insider per acquisire o cedere titoli insider per se stesso o per conto di altri;

2. fornire o rendere noto ad altri un fatto insider senza autorizzazione;

3. consigliare ad altri in base a conoscenze di un fatto insider l'acquisto o la cessione di titoli insider.

(2) Ad un terzo che possiede informazioni su un fatto è proibito sfruttare tale conoscenza per acquisire o cedere titoli insider per sé, per conto di un altro o in favore di un altro”.

Un concetto centrale del divieto di affari insider è lo sfruttamento dell'anticipo sull'informazione. Il legislatore descrive questo concetto in maniera molto generale (più criticamente nel prossimo capitolo), senza alcun esempio d'applicazione. La motivazione del progetto di legge contiene solo esempi di casi in cui non c'è stato sfruttamento. Per esempio non dovrebbe rappresentare un caso di sfruttamento, se taluno in base alla sua attività professionale dispone inevitabilmente di dati rilevanti per gli insider e li impiega nell'ambito della sua attività “solamente in conformità alla legge” (loc.cit. p. 47).

Ciò riguarda in particolare gli agenti di borsa.

Chi mette in pratica le proprie decisioni imprenditoriali non dovrebbe essere accusato di sfruttare conoscenze insider.

Nella norma non dovrebbe rientrare neanche il commercio in pacchetti azionari. Per quanto riguarda la decisione di acquistare un intero pacchetto azionario, si tratta di un fatto insider che ci si è procurati di proprio conto. L'acquisto di un pacchetto azionario è ammesso per principio. “Esso non procura un vantaggio riprovevole ottenuto trascurando la parità degli investitori” (loc. cit.).

Non fanno parte del divieto, infine, le misure prese a sostegno delle quotazioni - “in relazione ai loro obiettivi di regolarizzazione” (loc. cit.).

### 5. *La norma penale.*

Il § 38 è il seguente:

“(1) Verrà condannato ad una pena detentiva fino a 5 anni di reclusione o ad una pena pecuniaria colui che:

1. contro un divieto secondo § 14 1° comma, n°1 oppure 2° comma acquista o cede un titolo insider;

2. contro un divieto secondo il § 14 1° comma, nr.2, comunica o rende accessibile un fatto insider oppure;

3. contro un divieto secondo § 14 1° comma, nr.3, consiglia l'acquisto o la vendita di un titolo insider.

(2) Al divieto contenuto nel 1° comma corrisponde un divieto straniero”.

Sul concetto centrale di sfruttamento il legislatore ha fornito, come abbiamo detto, scarse osservazioni. Si afferma:

“Un insider sfrutta le sue conoscenze insider, se usa per se stesso o per altri l'anticipo sull'informazione nella speranza ed allo scopo di guadagnare per se o per altri un profitto che è considerato un'offesa al fondamento di parità tra investitori ed è riprovevole”.

In questa descrizione si parla di elementi soggettivi, ovvero di speranza e dell'agire con un determinato scopo. Ciò è equivoco. La fattispecie non comprende una qualsiasi intenzione. Per ciò che riguarda lo “sfruttamento” si tratta di un rapporto determinato tra informazione e transazione. Per tale relazione non è decisivo né la motivazione e né una qualsiasi intenzione. E' sufficiente il semplice dolo. Ci si rende punibili, già nel momento in cui si è in possesso di conoscenze insider ed in coscienza di ciò si realizza un affare “fondato” sull'anticipo dell'informazione.

La prossima questione riguarda l'espressione “fondato”. E' ovvio che si pretenda un rapporto di causalità tra informazione e transazione. Supponiamo che si rimproveri a qualcuno di aver sfruttato conoscenze insider. La prima affermazione in sua difesa, sarà che non era in possesso di informazioni insider. Se si potrà provare il contrario, la prossima difesa sarà che avrebbe comprato o venduto anche senza quelle informazioni. Questa è la solita obiezione dell'amministrazione di deposito. L'affermazione che si sia trattato di una delle solite transazioni, è confutabile soltanto in una situazione inusuale. Essa consiste appunto nel fatto che taluno era in possesso di un anticipo sull'informazione che ha trasformato in capitale tramite vistose transazioni. Se vogliamo essere più precisi, in questo modo il presunto rapporto di causa-effetto, ovvero il rapporto di causalità tra conoscenza insider ed affare insider, si è ridotto ad una relazione temporale. L'insider è già punibile nel momento in cui essendo a conoscenza di informazioni riservate compra e vende titoli fino a quando è in possesso dell'an-

ticipo sull'informazione. Questo è tutto. Del resto normalmente non si può provare di più. E si pretende già molto, perchè bisogna provare che taluno sia stato in possesso di informazioni insider. La tentazione di sostituire alla prova una supposizione è grande e quindi è facile supporre che affari vistosi in situazioni inusuali, si basano su conoscenze insider. Per questa norma penale i giudici devono, nell'ambito della valutazione delle prove, tirare conclusioni al quanto azzardate, già vicine ad una presunzione oppure arrendersi davanti ai problemi di prova e assolvere l'imputato. Se le assoluzioni si accumulano, la norma penale non farà più impressione. La si potrebbe considerare un atto legislativo simbolico. Anche altre considerazioni rafforzano l'affermazione che non è stato creato uno strumento tagliente con il quale si possa combattere l'*insider trading* in maniera effettiva e convincente.

Così, infatti, è difficile impedire le azioni elusive. La situazione è stata riconosciuta nel § 14 1° comma nr.3, ovvero che l'insider consiglia ad un altro l'acquisto o la vendita di certi titoli senza rivelargli le sue conoscenze insider. Se questa persona, però, trasmette l'istruzione all'istituto di credito, sarà difficile dimostrare che si è trattato di un affare insider. E qui si tratta soltanto della più semplice costruzione elusiva che ci sia.

Un'altra considerazione: l'anticipo sulle informazioni si può sfruttare anche con l'omissione ed in questo caso qualsiasi norma penale deve capitolare. Nessuno, può impedire all'insider di non cedere le proprie azioni con un'espressione di superiorità, mentre gli altri le vendono in tutta fretta e nessuno gli può vietare di non comprare in virtù delle sue conoscenze, mentre il pubblico agisce nella speranza fallace che sia giunto il momento giusto.

La terza obiezione è la più importante (ne ho già parlato in una mia relazione del 1978 nella rivista *Zeitschrift für Handelsrecht* 142, p.1ss.). Il sistema bancario tedesco provvede che gli istituti di credito siano meglio informati del pubblico di borsa. A tutti i consigli d'amministrazione delle grandi imprese tedesche partecipano anche rappresentanti delle banche più importanti. La questione, quindi, non è solo come si possano tutelare banche e borsa dall'*insider trading*, ma anche e soprattutto come salvaguardare la borsa dagli affari insider delle banche. A tale domanda la nuova legge non dà una risposta soddisfacente.

Per le imprese di servizio che operano nel settore del commercio in titoli sono state elaborate delle "regole di comportamento particolari" (§ 32), secondo le quali p.es. è vietato alle imprese di servizio nel settore del commercio in titoli consigliare ai clienti la vendita o l'acquisto di titoli, se tale consiglio non concorda con "l'interesse del cliente". Se per esempio,

quindi, l'amministrazione di una banca, in base a informazioni particolari, ha deciso che le azioni della ditta X non devono essere vendute contrariamente al trend generale in borsa, allora non si potrà consigliare al cliente allo sportello la vendita di quelle azioni. Nella fattispecie insider non sono compresi questi tipi di comportamento. E' vero che sono vietati nell'ambito delle regole di comportamento, ma non sono sanzionati da nessuna parte. Non sono contenuti nemmeno nel catalogo delle trasgressioni, (§ 39).

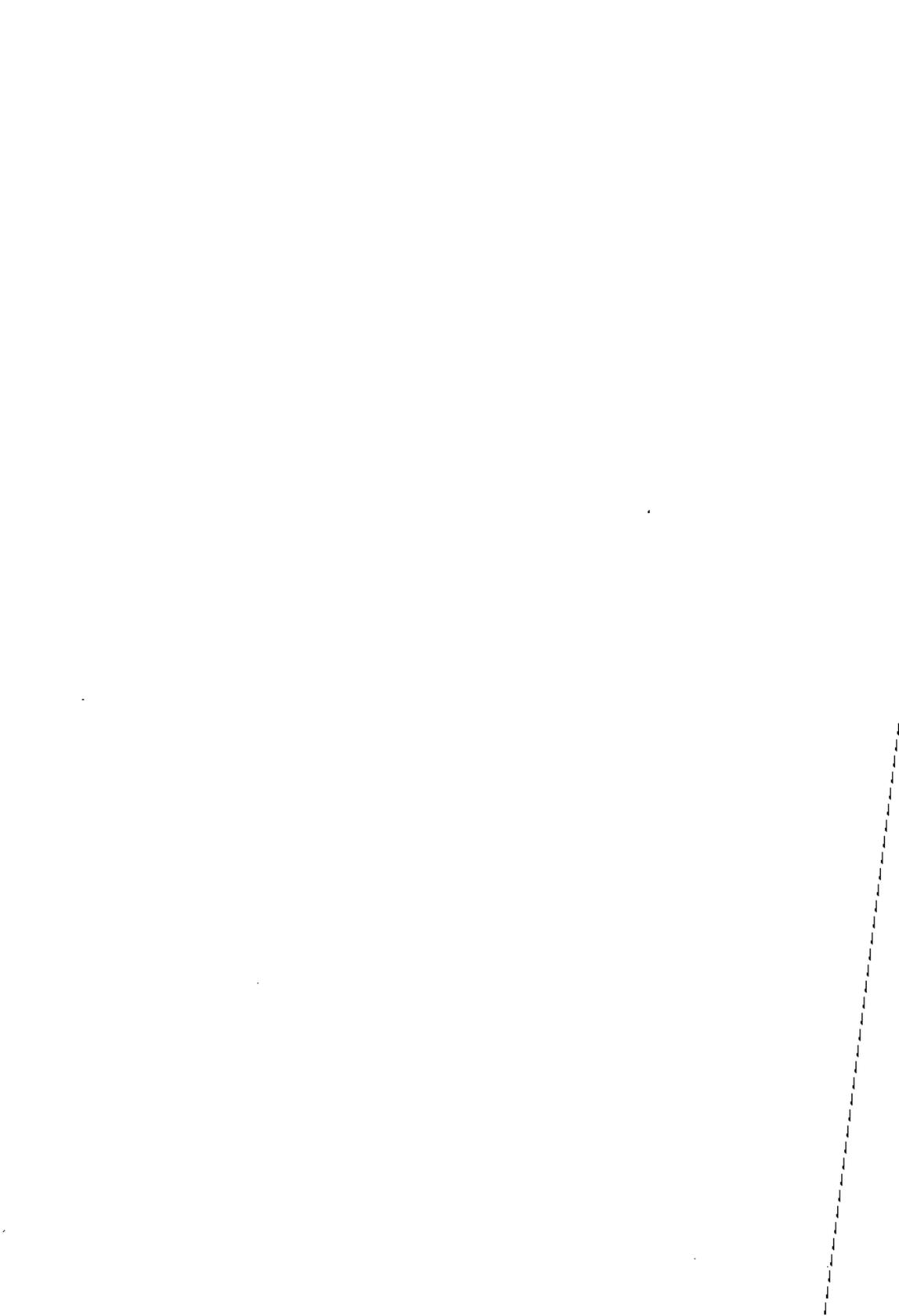
Non posso esporre più ampiamente in questo contesto la mia critica nei confronti della fattispecie penale contro gli insider, posso soltanto riassumerne le formulazioni principali, le più acute.

La norma penale contro l'*insider trading* può funzionare, solo con un procedimento probatorio più "azzardato". Neanche così, del resto, si potrà colpire l'abuso quotidiano di informazioni insider. Tutto il dispendio gigantesco degli obblighi di denuncia ed informazione porterà a ben pochi procedimenti penali contro gli insider. Se saranno poi veramente gli abusi più spettacolari ad essere scoperti, si vedrà. Forse, come non raramente nel diritto penale, saranno gli stolti a farsi prendere. Ma in borsa non se ne trovano molti.

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ\*

IL DIRITTO PENALE BANCARIO IN SPAGNA.

\*) Cattedratico di Diritto penale dell'Università Pompeu Fabra, Direttore del Centro di Studi Giuridici del Dipartimento di Giustizia, Generalitat de Catalunya.



## A. Introduzione.

L'intervento del Diritto penale nell'ambito della intermediazione finanziaria per far fronte mediante norme specifiche agli illeciti più gravi commessi al suo interno è una prassi comune alla maggioranza dei paesi della nostra sfera culturale. La ragione di tale intervento ha la sua ragione d'essere nella posizione singolare -centrale- che banche ed altri organismi di credito occupano nei sistemi economici moderni. Sono, quindi, bisogni di tutela degli interessi economici dei risparmiatori, della loro fiducia nel regolare funzionamento del sistema creditizio e della stessa trasparenza ed affidabilità di esso sistema a fornire i fondamenti generici dell'intervento punitivo. Lo scopo è quello di proteggere la solvenza degli enti e, al tempo stesso, di combattere il pericolo delle "crisi bancarie", le cui conseguenze sono di estrema gravità per l'intero sistema. Questo, d'altra parte, dimostra che l'interesse sotteso a tali normative va assai al di là di una tutela del patrimonio di banche (*latu sensu*) o investitori, assumendo di fatto una natura pienamente economica<sup>1</sup>.

Con le affermazioni generali come quadro di riferimento, è comune in dottrina affermare che lo spazio del Diritto penale bancario è comprensivo di tre grandi gruppi di fatto. Da una parte, fatti in cui la Banca (o un altro istituto di credito) è vittima e un terzo ne è autore (un esempio di tale circostanza sarebbe la cosiddetta "truffa creditizia").

D'altra parte, fatti in cui la Banca è vittima, mentre il causante è un soggetto (o diversi) appartenenti agli stessi livelli dirigenziali (il cui esempio potrebbero essere le diverse ipotesi di amministrazione sleale o abuso

---

1) Come indica la "Esposizione dei Motivi" della legge 29/1988, del 29 luglio, di Disciplina e Intervento di Istituti di Credito: "Tali organismi raccolgono risorse finanziarie fra un pubblico assai vasto, sprovvisto nella maggior parte dei casi dei dati e del sapere necessari per una valutazione propria della solvenza di essi organismi. La regolazione ed il controllo pubblici intendono palliare gli effetti di tale mancanza, e facilitano la fiducia degli istituti, una condizione *sine qua non* per il loro sviluppo e corretto funzionamento, essenziale non solo per i depositanti i fondi, ma anche per l'insieme dell'economia, data la posizione di centralità che questi organismi ricoprono nei meccanismi di pagamento".

di potere o di fiducia). Ed infine fatti di cui è causante<sup>2</sup> la banca stessa e che danneggiano la comunità di investitori (attuali o addirittura in potenza) o altri organismi bancari (e in questo caso l'esempio potrebbe esser dato dalla realizzazione di operazioni senza autorizzazione o con infrazione dei termini della stessa, mendaci nelle informazioni, violazioni delle garanzie di solvenza ecc.)<sup>3</sup>. In questo senso il Diritto penale bancario si estenderebbe a tutti i possibili fatti lesivi di beni giuridico-penali commessi rispetto al drenaggio del risparmio e all'esercizio del credito o di altre attività di intermediazione finanziaria; e questo, nei casi in cui vengano commessi sia dall'organismo bancario sia dal pubblico in genere.

Ed allora, se per esistenza di un Diritto penale bancario si intende la promulgazione di figure penali specifiche destinate a reprimere la perpetratozione di illeciti nell'ambito della intermediazione finanziaria, dobbiamo affermare che in Spagna non esiste un Diritto penale bancario in senso stretto. E questo, all'interno del nostro sistema, non costituisce una eccezione. In esso la legislazione penale speciale ha una portata assai limitata ed i pochi precetti che il Codice penale dedica a tali questioni permet-

2) In realtà, questo gruppo e quello precedente potrebbero venire sovrapposti nella misura in cui fatti illeciti che, dal di fuori dell'istituto, sono visti come "fatti della banca", all'interno dello stesso sono percepiti come atti del vertice di direzione che si traducono in effetti dannosi per la banca come società mercantile, insieme di azionisti.

3) V. EGLI H., *Grundformen der Wirtschaftskriminalität. Fallanalysen aus der Schweiz und der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg 1985, p.119: Das Kapitel umfaßt Wirtschaftsdelikte, die in Zusammenhang mit Banken stehen, die also gegen Banken, über Banken, mit Banken oder von Banken begangen werden"; MÜLLER R.-WABNITZ H.B., *Wirtschaftskriminalität: Eine Darstellung der typischen Erscheinungsformen mit praktischen Hinweisen zur Bekämpfung*, 2ª ed., Monaco 1986, p.1: La posizione centrale delle banche nel nostro sistema economico "bringt es zwangsläufig mit sich, daß die Banken einerseits Angriffsobjekt und Opfer wirtschaftskrimineller Elemente werden, andererseits aber auch Leiter oder verantwortliche Mitarbeiter von Kreditinstituten nicht selten der Versuchung erliegen, aus eigener oder fremdwirtschaftlichen Interessen die Grenze der erlaubten Bankgeschäfte zu überschreiten"; DOLCINI E.-PALIERO C. E., "Problèmes de droit pénal bancaire: une analyse de droit comparé." *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, ott.-dic. 1988, p.653ss., pp.653-654 aggiungono, ai casi in cui la banca è vittima ed a quelli in cui la banca -come persona giuridica- o operatori bancari sono gli autori, quelli in cui la banca è strumento. V. anche BERNASCONI P., "Problemi attuali di Diritto penale nel settore bancario e finanziario svizzero." in *Rivista trimestrale di Diritto penale dell'economia*, 1988, p.459ss.

tono di dedurre che, attualmente, vi è assenza anche di un Diritto penale societario, di un Diritto penale della concorrenza, che vi è solo un incipiente Diritto penale borsistico ecc.

Alcuni di questi ambiti si sono visti regolati nei diversi progetti di nuovo Codice penale degli ultimi quindici anni. Ma, come tutti sanno, nessuno di questi progetti è giunto in porto; adesso, di nuovo, il Progetto di Codice Penale del 1994 è approdato al Congresso dei deputati, dove è in attesa dell'inizio dei primi dibattiti sul suo contenuto. Nelle pagine seguenti dedicheremo ad esso alcune allusioni.

Nel nostro sistema non troviamo insomma nessuna delle figure penali attraverso le quali si è soliti proteggere, nel diritto comparato, gli istituti di credito, la loro solvenza nei confronti di terzi e, infine, il normale funzionamento del mercato bancario. E' quindi possibile affermare tassativamente che ci sono state -e che vi sono tuttora- "crisi bancarie"<sup>4</sup>. Solo che esse non sono quasi mai state affrontate facendo ricorso al Diritto penale, neppure nella misura in cui lo permettevano le figure del Diritto penale comune che possono essere applicabili in questo ambito<sup>5</sup>.

---

4) A questo riguardo vedasi RODRÍGUEZ MOURULLO G., "Aspectos penales de las crisis bancarias", in AAVV., *Aspectos jurídicos de las crisis bancarias*, Madrid, 1988, p.281ss., in cui descrive come la grande crisi spagnola del 1978 nel 1983 aveva già colpito il 47,2% delle banche esistenti all'inizio della stessa, il 21,36% della totalità di riserve proprie della banca ed il 18,7% delle risorse da depositi della stessa. A quanto pare la suddetta crisi andava imputata sia al contesto economico e sociale in genere, sia ad altre cause derivate dall'azione di "banchieri" ed amministratori delle banche. Infatti, nel comportamento dei "nuovi" banchieri (coloro che iniziarono ad operare a partir dal 1963) era rilevabile una "peculiare visione della banca, nella quale non vedono tanto un organismo finanziario con cui stabilire negozi con terzi, quanto un mezzo per drenare risorse altrui da investire in affari propri, nella maggior parte dei casi altamente speculativi" (p.292). Circa il cumulo di irregolarità che tutto questo portò ad introdurre nella prassi bancaria e che sboccò nelle crisi, vedasi l'interessante descrizione delle pagine 292-298.

5) Questa assenza di Diritto penale bancario positivo ha fatto sì, d'altra parte, che la dottrina spagnola prestasse poca attenzione a tali questioni a tal punto che la bibliografia al rispetto è assai povera. Per questo, a differenza di quanto accade per gli illeciti societari o borsari, non è stato neppure impostato un dibattito circa l'opportunità di intervenire o meno in questo campo. Questa riflessione non riguarda il tema, in cui non vogliamo entrare in questa sede, delle defraudazioni ai danni della banca mediante illeciti a mezzo assegno, cambiale o carte di credito; e neppure quello, trattato in modo generale, delle insolvenze punibili; o, infine, la recente questione del riciclaggio di danaro proveniente da determinate attività illecite e della sua prevenzione (nei suoi rapporti con il segreto bancario), che sarà

Qui di seguito cercheremo di esaminare gli illeciti più gravi in materia bancaria -quelli che in altri paesi provocano l'intervento del Diritto penale bancario- cercando di descrivere il modo in cui il Diritto vigente in Spagna permette di affrontarli. Come vedremo, a prescindere dalla possibile applicazione delle figure penali comuni di truffa (art.528 CP), appropriazione indebita (art.535 CP), falso in documenti (art.302, 303 CP), o macchinazioni volte ad alterare il prezzo delle cose (art.539, 540 CP), solo il Diritto penale amministrativo (a noi noto come Diritto amministrativo sanzionatore) stabilisce (e l'autorità amministrativa infligge) le sanzioni da applicare nei casi di infrazione, anche quelli più gravi, alla normativa che disciplina il funzionamento degli istituti di credito. In tal senso si pronuncia la Legge (amministrativa) 26/1988 del 29 luglio, di Disciplina e Controllo degli Istituti di Credito.

E così, la scelta del legislatore spagnolo è stata sinora quella di non dotare di una forma specifica i comportamenti che mettono in pericolo gli interessi sottesi all'attività bancaria, neppure quello che dà luogo a fatti concretamente lesivi. Per i primi, e dal punto di vista di una pericolosità non già concreta ma meramente generica, si può ricorrere ad una legislazione relativamente nuova e completa. Per il secondo si continua a fare riferimento innanzitutto alle figure penali tradizionali del Diritto penale patrimoniale e ad altre di appoggio. La scelta a favore del Diritto amministrativo a scapito del Diritto penale, per fronteggiare perfino i comportamenti più gravi con infrazioni alla disciplina bancaria da parte di istituti di credito è una decisione di politica giuridica sorprendente e trascendentale. Una decisione, innanzitutto, sorprendente, dato che sembra entrare in contraddizione con la tendenza -chiaramente percettibile nella maggior parte dei paesi- ad un intervento più deciso del Diritto penale nell'economia. Una decisione, in secondo luogo, trascendentale, dato che implica notevoli

---

oggetto di un'altra relazione. Rispetto al primo dei premi citati esiste invece una estesa bibliografia: cfr., per tutti, con numerosi riferimenti ulteriori BAJO FERNÁNDEZ M.- PÉREZ MANZANO M. in Bajo Fernández-Pérez Manzano-Suárez González, *Manuale di Diritto penale (Parte speciale) (Delitti patrimoniali ed economici)*, Madrid 1993, p.263ss. (con riferimenti a lavori di Bacigalupo, Bajo Fernández, Gonzáles Rus, De la Mata, Rodríguez Mourullo, Román Puerta e Romeo Casabona) e le stesse tesi di Bajo Fernández alle pp.299-305. Va ricordato anche che l'art.243, 3° del progetto CP 1944 considera truffa aggravata quella commessa "mediante assegno, cambiale a vuoto o negozio cambiario simulato". Cfr. anche MÜLLER R.- WABNITZ H.B., *Wirtschaftskriminalität*, 2°, p.1-23, con una interessante descrizione dei diversi aspetti di queste infrazioni.

differenze rispetto ai principi dogmatici di imputazione, che qui debbono prevalere, rispetto alle sanzioni, o rispetto al grado di vigenza dei diversi principi politico-criminali di garanzia. Si può quindi affermare che la scelta a favore del Diritto amministrativo si presta a diverse interpretazioni: da una parte presuppone la ricerca di una maggiore efficacia, a cui potrebbero opporsi, a livello pratico, certe strutture dogmatiche del Diritto penale e la stessa configurazione ipergarantistica della procedura penale. In effetti il sistema spagnolo di imputazione di infrazioni e di imposizione di sanzioni nell'ambito bancario è caratterizzato da tratti quali la possibilità di infliggere contemporaneamente sanzioni penali ed amministrative, in apparente contraddizione con il principio costituzionale di "*non bis in idem*"; la responsabilità delle stesse persone giuridiche; la responsabilità cumulativa dei dirigenti accanto a quella dell'Organismo; il minor significato degli elementi soggettivi di dolo o colpa; l'imposizione di sanzioni pecuniarie e privative di diritti ai danni tanto dell'organismo come dei responsabili dello stesso (soggetti individuali); ed infine la possibilità di adottare provvedimenti cautelari di grande portata.

D'altra parte risulta ovvio che un sistema di questo genere implica la perdita dell'impatto simbolico che ha sempre l'intervento dei Tribunali penali, e della possibilità di imporre sanzioni trascendentali a livello individuale, quali le pene di privazione della libertà, salvo i casi in cui siano applicabili le figure di reato comuni.

L'applicabilità di tali figure, soprattutto nell'ambito bancario, venne difesa in modo paradigmatico per la nostra Giurisprudenza dalla importantissima -malgrado le sue notevoli imprecisioni- Sentenza della "Seconda Sala del Tribunale Supremo" del 23 giugno 1973<sup>6</sup>. In essa veniva denunciata l'inesistenza nel nostro Diritto di una legislazione specifica in materia ed erano sottolineati i limiti che il principio di legalità impone ad una politica criminale soddisfacente in questo ambito. La sentenza inoltre cercava di indicare le possibilità che in questo campo offrono le figure di reato quali l'appropriazione indebita, la truffa ed il falso in documenti. E così vi si affermava che, benché

"... in genere tali reati, perpetrati attraverso società anonime mercantili, siano di mero rischio o pericolo, dato che sono consumati mediante

---

6) (A. 2896), relatore Sig. Escudero del Corral.

azione o omissione pericolosa, senza che sia necessaria la generazione di un avvenimento o cambiamento nel mondo esterno, abbisognando per aver vita, una previa configurazione specifica e formale, che anticipi la punizione di fronte al mero pericolo astratto o concreto...”

ciò nonostante

“... se l'agente agisce con volontà fraudolenta e provoca un danno concreto, indubbiamente possono e debbono rientrare nelle figure di reato comuni, nelle diverse modalità di delitti contro la proprietà, che debbono essere inesorabilmente applicate, data la loro ampiezza materiale, ed a maggior ragione quando l'assenza di norme specifiche, in grado di sanzionare comportamenti sì riprovevoli, esige la difesa, mediante le figure vigenti, dei principi della fiducia che deve presiedere la vita socio-economica, quello dell'inalterabilità del capitale sociale, quello del patrimonio di destinazione e quello della intermediazione del credito (...)”.

Questa prospettiva, raccolta anche dalla dottrina, è senza dubbio corretta. Ma non ha ovviamente potuto evitare che, per imposizione del principio di legalità, abbiano avuto luogo assoluzioni chiaramente intollerabili da un punto di vista politico-criminale. Qui di seguito cercheremo di analizzare in modo un po' particolareggiato la situazione spagnola in materia, partendo dalle diverse ipotesi rilevabili in una prospettiva criminologica e prendendo come punto di riferimento, nella misura in cui siano a noi note, alcune delle disposizioni del Diritto italiano (*Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia - decreto legislativo 1 settembre 1993 n° 385*) e tedesco.

## B. La banca come “vittima”.

### a. *Illeciti commessi da soggetti esterni all'organismo.*

1. L'ipotesi più rilevante che cercheremo di trattare in questo punto è quella della cosiddetta “truffa creditizia”, consistente nell'addurre, allo scopo di ottenere o allargare un credito, dati falsi circa la situazione della propria impresa che, se nota, farebbe sì che la richiesta fosse respinta. E tutto questo, senza che vi sia intenzione di non pagare alla scadenza del credito e, quindi, senza che vi sia volontà di lucro illecito né intento doloso di infliggere un danno. Sia il Diritto penale tedesco sia quello italiano regolano, come è noto, questa modalità di illecito: il primo nel “*Kreditbetrug*” del § 265b StGB; il secondo, nel “Mendacio e falso interno bancario”,

dell'art. 137 del "Testo unico". In entrambi i casi, benché vi siano differenze rispetto alla portata concreta di ogni singola figura, si tratta di un reato di pericolo astratto in cui non è necessario che si verifichi danno alcuno e neppure il concreto pericolo dello stesso<sup>7</sup>. In virtù dello stesso viene protetto non solo il patrimonio dell'istituto di credito, in modo anticipato (ed allargato) rispetto a come lo farebbe la figura comune della truffa, ma anche la stessa trasparenza e buon funzionamento generico del mercato creditizio esposti alle conseguenze diverse di un abuso creditizio di gran portata. Queste lo rende, appunto, reato economico e giustifica quindi sia l'attivazione anticipata delle barriere protettive sia l'aggravamento della pena rispetto a quella delle forme imperfette di truffa comune<sup>8</sup>.

Comunque ciò che va qui sottolineato è che nulla di ciò sin qui descritto è presente nel Diritto spagnolo. In esso è quindi necessario attendere il concorso degli elementi del reato comune di truffa perché sia possibile l'intervento del Diritto penale<sup>9</sup>. Ciò presenta diversi problemi, di indole fattuale e giuridica. Per quel che riguarda i primi abbiamo, da una parte, le logiche difficoltà probatorie che si trovano, assieme agli altri argomenti, alla base della soluzione tedesca del § 265b *StGB*. Va ricordato poi che, malgrado la grande versatilità del reato di truffa, in questi casi il processo penale giunge in genere troppo tardi e non riesce a bloccare tutti i fondi dei clienti prima che vengano dilapidati<sup>10</sup>. Per quel che riguarda i secondi, la figura di reato di truffa non raccoglie ovviamente il disvalore plurioffensivo (non solo patrimoniale ma anche economico) di tali comportamenti. E inoltre la figura del reato di truffa esige evidentemente che vi sia danno perché lo si consideri consumato. L'intervento preventivo del Diritto penale dovrebbe basarsi quindi sull'esistenza di una tentata truffa.

7) "Abstraktes Gefährungsdelikt": per tutti, SCHÖNKE-SCHRÖDER-LENCKNER, *StGBK*, 24ª ed., Monaco di Baviera 1991, § 265b, Rdn. 4.

8) Comunque va raccolta l'indicazione di ARZT-WEBER, *Strafrecht BT*, LH 4, Bielefeld 1980, p. 20 Rdn. 46, sulla scarsa utilità della figura del "Kreditbetrug". Ne sarebbe causa la non disponibilità degli organismi bancari a denunciare (una denuncia senza la quale è assai difficile aprire in questo ambito un procedimento penale) perché non si è soliti accettare con facilità di essere stati vittima di un inganno e, d'altra parte non si vuol dare l'impressione ai clienti che i loro fondi siano utilizzati alla leggera. Nella stessa linea cfr. DOLCINI E. PALJERO C. E., *Problèmes...*cit., p. 670.

9) Rispetto al fatto che l'introduzione delle ipotesi di ottenimento fraudolento di credito nella figura comune di truffa ne richiederebbe un adattamento, cfr., STAMPA J. M. BACIGALUPO E., *La reforma del Derecho penal económico español*, Madrid 1980, p. 15.

10) BERNASCONI P., *Problemi...*cit., p. 468.

A tutto questo bisogna aggiungere però che, a livello soggettivo, in genere non sarà possibile scoprire altro che l'esistenza di un "*dolus eventualis*" di danno (o addirittura una mera responsabilità colposa). Stando così le cose, in certi casi l'intervento attraverso la figura del reato di truffa esigerebbe configurare una tentata truffa con dolo eventuale. Però la punizione del tentativo di reato con dolo eventuale è, già di per sé, abbastanza discutibile in generale e non può certo costituire il fondamento dell'intervento punitivo in un reato dai mezzi determinati e con "*subjektive Unrechthelemente*" (dolo specifico) come la truffa<sup>11</sup>. E poi, nei casi in cui non fosse possibile rilevare "*dolus eventualis*" di danno ma mera responsabilità colposa (in cui cioè il soggetto conta sul fatto che non vi sia danno alcuno), sarebbe impossibile applicare sanzioni: l'imprudenza infatti per essere sanzionata richiede l'imputazione di un risultato e, d'altra parte, non è possibile commettere una truffa per imprudenza. Al massimo quindi potremo ricorrere all'ultimo appiglio che in questi casi è dato dai reati di falso, possibili solo se, per ottenere il credito, siano stati falsificati documenti mercantili; ma non va dimenticato che il bene giuridico protetto in questi casi non ha nulla a che vedere con il patrimonio né con le condizioni del mercato creditizio<sup>12</sup>. Comunque questo prova che è quanto meno avventato il parere di Bajo Fernández, allorché considera che l'istituto del dolo eventuale è tuttora in grado di comprendere le ipotesi previste dall'art.528 CP<sup>13</sup>. Dal canto suo la giurisprudenza spagnola non si è oc-

11) Anche se, in principio, viene ammesso il dolo eventuale nella truffa: SCHÖNKE SCRHÖDER LENCKNER, *StGBK*, 24<sup>a</sup> ed., § 263, Rdn. 165.

12) Lo sottolinea RODRÍGUEZ MOURULLO G., *Aspectos penales...* cit., p.285: i delitti di falso "... per la loro struttura, non permettono di cogliere l'aspetto economico del fatto che -nel migliore dei casi- verrà castigato come alterazione della pubblica fede ma non come turbativa dell'ordine economico". Questo viene dimostrato dal semplice fatto che, nel modello tedesco, viene ammesso il concorso ideale (Idealkonkurrenz) fra il § 265b ed i falsi in documenti mercantili dei §§ 267ss.

13) BAJO FERNÁNDEZ M., *Protección penal del crédito*, in *Nuevas formas de delincuencia. Poder Judicial n° speciale IX*, Madrid 1988, p.179ss, p.181: "...la regolazione della truffa creditizia nel Codice penale tedesco è più uno strumento per la persecuzione di questo tipo di reato che la creazione di una nuova figura di reato. La ragione va cercata nel fatto che chi è in grado di ottenere credito altrui mediante la realizzazione di fatti delittuosi di falso in documenti, sta assumendo i rischi dell'operazione, la qual cosa significa accettare la possibilità di un eventuale insuccesso che impedisca a suo tempo la restituzione, insuccesso che normalmente viene presentato come probabile. Ebbene, l'istituto del dolo eventuale è sufficiente, a mio avviso, per qualificare l'ipotesi del reato di truffa in base alla definizione dell'art.528".

cupata, a mio avviso, di questo tema fissando una dottrina al riguardo<sup>14</sup>.

Non solo, rispetto ad eventuali truffe creditizie, il TS (Tribunale Superiore) spagnolo ha relativizzato in gran misura la tutela degli istituti bancari, mediante l'impiego di argomenti "vittimodogmatici"<sup>15</sup>. Infatti, almeno le Sentenze del Tribunale Supremo del 26 ottobre 1988<sup>16</sup>, del 13 novembre 1990<sup>17</sup> e del 30 ottobre 1992<sup>18</sup> hanno stabilito che non costituiscono frode sufficiente, agli effetti del reato di truffa, dichiarazioni non veraci relative a beni la cui situazione appare in registri pubblici, in particolare il Registro della Proprietà. Si esige insomma dalla banca, alla quale un soggetto richiede un mutuo allegando dati falsi circa la situazione di immobili registrati, di adottare "... la elementare precauzione di verificare se realmente tali beni appartengono al dichiarante o se gli stessi sono liberi o sottoposti a vincoli che li rendano praticamente vuoti di contenuto economico..."<sup>19</sup>.

Una soluzione, se non definitiva, almeno parziale, a questo problema politico-criminale potrà esser fornita, qualora si arrivi alla sua approvazione, dall'art.292 del Progetto CP 1994<sup>20</sup>. E questo, è chiaro, solo se intendiamo il

14) Si è occupata invece di un'altra modalità di truffa creditizia, come quella costituita dalle c.d. "società di facciata". A questo riguardo la STS del 17 marzo 1979 afferma: "Fra i 'reati finanziari' del nostro tempo spicca la costituzione delle c.d. 'società di facciata', vuote di contenuto e volte ad occultare la reale attività commerciale a cui si dedicano o ad eludere l'adempimento dei debiti personali o dei loro componenti o di un'altra società che riceve i benefici dell'apparente impresa con relativo pregiudizio per i terzi che contrattano credendo nella solvenza propria di qualsiasi società regolarmente costituita, comportamenti questi che, data l'ambiguità di tali società, anche se formalmente esistenti, possono rientrare nell'apparenza di solvenza(...), 'inganno' che, senza dubbio, muove la volontà di terzi privarsi così di beni o prestazioni ('atto dispositivo') che beneficano persone o società altre da quella con cui avevano stipulato l'accordo ('volontà di lucro illecito') con relativo 'danno' per essi al vedersi privi della garanzia patrimoniale che offriva la impresa debitrice; concorso di requisiti che, come è noto, configura il reato di truffa".

15) Sull'argomento cfr. SILVA SÁNCHEZ J. M., *Considerazioni vittimologiche nella teoria del reato? Introduzione al dibattito sulla Vittimodogmatica*, in *Archivio penale*, Anno XL n°17, ott.-dic. 1988, p.663ss.

16) (A. 8397), relatore Sig. Moyna Ménguez.

17) (Rep. La Legge 11.373), relatore Sig. Martín Pallín.

18) (A. 8615), relatore Sig. García Miguel.

19) Anche su questo cfr. BAJO FERNÁNDEZ M.- PÉREZ MANZANO M., *Manual...cit.*, p.305.

20) "Gli amministratori, di fatto o di diritto, di una società mercantile che abbiano falsificato i conti annuali o altri documenti che debbano riflettere la situazione giuridica o economica dell'organismo, allo scopo di infliggere un danno economico allo stesso, a qualcuno dei suoi soci, o ad un terzo, verranno castigati con pene detentive da uno a tre anni e multa da sei a dodici mesi".

“danno economico a terzi” in un senso ampio, che preveda i casi di concessione di un credito in condizioni a rischio. Se così non fosse, nel caso che qui trattiamo, il precetto non rappresenterebbe nessun progresso rispetto alla figura comune di truffa. D'altra parte, il fatto che tale interpretazione del termine “danno” possa incorrere in analogia proibita fa sì che meriti una opinione più favorevole l'art.365 del vecchio progetto CP del 1980<sup>21</sup>, ormai a quanto pare dimenticato.

2. Una seconda situazione in virtù della quale una banca può essere vittima di atti commessi da terzi è quella che il legislatore italiano ha descritto nella figura dell'*aggiotaggio bancario* (art.138 del Testo unico). Neppure in questo campo esiste nel nostro paese una figura simile, anche se in questo caso potrebbe risultare applicabile quella di cui all'art.540 CP (macchinazioni volte ad alterare il prezzo delle cose)<sup>22</sup>. Però, mentre le macchinazioni si limitano ai comportamenti che attentano contro i prezzi che dovrebbero essere risultato della “libera concorrenza”, l'*aggiotaggio bancario*, così come il suo oggetto di riferimento, l'art.501 del Codice penale italiano, rivela una portata assai più vasta dato che si occupa di notizie false, esagerate o tendenziose il cui scopo è la perturbazione dei mercati finanziari ed i cui effetti non ricadono necessariamente sui prezzi. Stando così le cose, ipotesi che possono rientrare nella definizione di *aggiotaggio*, quali ad esempio la diffusione di notizie sulla riduzione di solvenza di una banca, con il conseguente panico e fuga dei depositanti, non sarebbero punibili nel nostro sistema, salvo nei casi in cui fra le conseguenze vi fosse una diminuzione del prezzo di quotazione delle azioni dell'organismo corrispondente. Invece il delitto di macchinazione sarebbe, senza dubbio al-

21) “Coloro che, allo scopo di rivalutare o deprezzare le azioni o partecipazioni sociali, drenare nuovi apporti di capitali, ottenere crediti o consolidare quelli già ottenuti rendano pubblici dati falsi relativi alla situazione reale di una società o alle persone dei suoi amministratori, saranno puniti con pena di carcere da sei mesi a due anni o multa da sei a ventiquattro mesi”.

22) Vi si stabilisce che “saranno puniti con pena di arresto (da sei mesi ed un giorno a sei anni di carcere) e multa da 100.000 a 5.000.000 di pesete coloro che mediante propalazione di notizie false o tendenziose, o esercitando violenza, minaccia o inganno, o ricorrendo a qualsiasi altra macchinazione, cercassero di alterare i prezzi che dovrebbero risultare dalla libera concorrenza di prodotti, merci, monete, titoli o valori, o di qualsiasi altra cosa, mobile o immobile, che sia oggetto di contrattazione”.

cuno, applicabile a tutti gli altri casi di alterazione.

Dal canto suo neppure il Progetto CP 1994 offre miglioramenti sostanziali in questo senso. Il suo art.280 ad esempio mantiene gli stessi termini del vigente art.540. Molto più utile, agli effetti che qui interessano, era l'art.300 del Progetto CP 1992<sup>23</sup>.

**b. Illeciti perpetrati da soggetti appartenenti all'organismo stesso.**

Qualcosa di simile a ciò che abbiamo appena descritto accade nei casi di comportamenti sleali che si traducono in concessioni abusive di mutui da parte di amministratori o dirigenti degli istituti di credito, sia a essi stessi, o a persone loro direttamente o indirettamente legate (in virtù del cosiddetto "autoprestito" o "insider borrowing"), sia a terzi, in affari che meritino la qualifica di "negozi a rischio" a causa del loro carattere nocivo per gli interessi dell'istituto.

L'abuso di credito bancario mediante concessione di mutui a condizioni pregiudizievoli per l'organismo non ha riscontro in nessuna figura di reato all'interno del nostro sistema, e lo stesso accade per tutti gli altri comportamenti sleali, non solo nell'intermediazione finanziaria ma anche, in genere, nell'amministrazione di patrimoni altrui<sup>24</sup>. Nel nostro ordinamento giuridico-penale non c'è una figura comparabile alla "Untreue" tedesca del § 266 StGB, così come non vi sono reati societari come quelli previsti dalla legislazione francese e italiana: vedasi ciò che prescrivono l'art.135 (reati societari), l'art.136 (obbligazioni degli esponenti bancari) e l'art.137, 2 (falso interno relativo alla perpetrazione di un mendacio bancario) del Testo unico. La sola possibilità cui ricorrere, nel nostro sistema vigente, è l'applicazione dell'art.535 CP, che regola il reato di appropriazione indebita; ma vanno sottolineati gli insormontabili ostacoli relativi al principio di legalità con cui si scontrerebbe una interpretazione del suddetto articolo che volesse portare ad un intervento in tali aspetti. Infatti, se è pur

---

23) Coloro che, allo scopo di infliggere un danno alla società, a soci della stessa, o ad un terzo, rendano pubblici dati falsi relativi alla situazione di una compagnia mercantile, o che fingano di avere in essa una partecipazione diversa da quella reale, saranno passibili di pene detentive da sei mesi a quattro anni, e di multe da sei a dodici mesi".

24) Per la denuncia della mancanza di questa figura, e delle assoluzioni ingiustificate cui può dar luogo, cfr. BAJO FERNÁNDEZ M.-PÉREZ MANZANO M., *Manual...cit.*, pp.404-405.

vero che il reato di appropriazione indebita è stato oggetto di una esauriente opera di interpretazione da parte della Giurisprudenza, in virtù della quale tale figura comprende i casi di "assunzione di facoltà di disporre che sono di competenza esclusiva del proprietario", anche in assenza di appropriazione, non è invece possibile farvi rientrare ipotesi come quelle in oggetto. In modo che cercare di assimilare la figura centrale di queste situazioni, il cosiddetto "negozio a rischio", ad una appropriazione indebita è un tentativo destinato a sicuro insuccesso.

Nel negozio a rischio non ha luogo l'appropriazione di beni che in precedenza erano posseduti in modo lecito (non si agisce al di fuori dell'ambito della competenza a disporre), ma si compromette piuttosto il credito della società in operazioni in cui il rischio di un risultato pregiudizievole è di un livello tale da renderlo intollerabile dal punto di vista degli interessi dell'organismo. Oggigiorno insomma, questi casi assumerebbero rilevanza penale nel nostro sistema solo a causa di eventuali falsi in documenti mercantili che potrebbero venire commessi per celare la slealtà.

E' forse in questa categoria di infrazioni che il Progetto CP 1994 introduce una delle modifiche più significative rispetto al sistema in vigore. Infatti, all'interno del capitolo intitolato "Dei reati societari" vengono previste sia la "slealtà" degli amministratori societari (art. 296)<sup>25</sup>, sia la stipulazione di accordi abusivi (art. 293)<sup>26</sup>, accanto ad altri fatti che risultano tipici come causa di pregiudizio ai soci nei loro diritti sociali (art. 294-295). Stando così le cose, è chiaro che in Spagna, come negli altri paesi, il problema centrale derivante dall'applicazione delle suddette figure sarebbe quello di determinare la linea di confine della slealtà o del carattere abusivo di una decisione, soprattutto quando risulta che la realizzazione di operazioni relativamente rischiose è, in certo qual modo, consustanziale all'attività imprenditoriale<sup>27</sup>.

25) "Gli amministratori di fatto e di diritto di una società mercantile che, mediante abuso di fiducia, infliggano un danno alla società o a qualcuno dei soci, a suo profitto, di qualche socio o di un terzo, saranno passibili della pena di prigione da sei mesi a quattro anni, o multa da dodici a ventiquattro mesi".

26) "Coloro che avvalendosi della loro posizione di maggioranza in una compagnia, abbiano imposto accordi abusivi, allo scopo di ricavarne un lucro ai danni degli altri soci, e senza che vi siano benefici per la stessa, saranno passibili di pene detentive da sei mesi a tre anni o di multe da dodici a ventiquattro mesi".

27) In ogni caso, da un punto di vista puramente economico, ha indicato ARASA C., *Sobre las posibles*, p. 653 che "livelli di autoprestito superiori al 25% delle riserve dovrebbero già essere considerati pericolosi (...) essendo preferibili livelli che non superino il 10 o il 15% di tali riserve".

Elementi da tenere presenti quando si tratta di determinare tale frontiera sarebbero sia il grado di rischio inerente all'affare, sia gli interessi richiesti o lo stesso ammontare dell'operazione (o della somma delle stesse). Si tratta della delimitazione dogmatica del complesso concetto di "negozio a rischio" (*Risikogeschaft*) su cui molto è stato scritto nella dottrina tedesca della "*Untreue*"<sup>28</sup>.

### C. La banca come causante.

Il Diritto penale bancario non ha come unico oggetto i fatti di cui la banca può essere vittima. Un secondo capitolo dello stesso riguarda infatti gli illeciti in cui la banca in quanto organismo può apparire come responsabile. Qui occorre distinguere fra le defraudazioni ai danni del pubblico in genere, l'esercizio abusivo dell'attività bancaria, la lesione delle garanzie di solvenza e, infine, altri aspetti.

#### a. Defraudazioni ai danni del pubblico in genere.

Questa modalità di illecito non presenta particolari problemi aggiuntivi rispetto a quelli già commentati a proposito della truffa creditizia. Se al momento di offrire i propri servizi ai risparmiatori, l'organismo ricorre ad affermazioni ingannevoli che inducono in errore e provocano un atto di disposizione da parte di essi risparmiatori (consistente nell'eseguire atti di deposito o altri di investimento dei propri risparmi), ci troviamo di fronte alla figura comune di truffa. Dal punto di vista del Progetto di CP del 1994 potremmo aggiungervi anche l'eventuale descrizione del fatto, con la conseguente attivazione anticipata delle barriere di tutela, come reato pubblicitario di cui all'art.278<sup>29</sup>.

Oltre a questi comportamenti, e sempre nel quadro dei fatti che, compiuti dall'organismo bancario, possono apparire come defraudanti nei confronti del pubblico in genere, possono essere prese in considerazione le

---

28) Cfr. l'articolata esposizione del problema in MÜLLER- GUGENBERGER (Hrsg.), *Wirtschaftsstrafrecht*, Münster 1992, § 54, Rdn. p.1-165ss.

29) "Saranno passibili di pena di carcere da sei mesi ad un anno o di multa da sei a diciotto mesi i fabbricanti o commercianti che, nelle loro offerte o pubblicità di prodotti o servizi, presentino allegati falsi o palesino caratteristiche incerte sugli stessi, in modo da pregiudicare in gran misura i consumatori, senza pregiudizio della pena applicabile per la commissione di altri delitti".

seguenti possibilità:

1) da una parte la truffa nel drenaggio dei capitali in cui le banche, come organismi mercantili, possano risultare coinvolte. Ebbene, nel nostro sistema non vi è nessuna figura simile a quella del "Kapitalanlagebetrug" (§ 264a StGB) e non sembra nemmeno che l'art.292 del Progetto CP del 1994, già citato, possa essere adattato adeguatamente a questa situazione<sup>30</sup>. A quanto pare quindi la soluzione in questi casi dovrà passare, di nuovo, attraverso l'impiego, nella misura in cui sia accettato, della struttura dogmatica della tentata truffa con dolo eventuale, purché questa si adatti per il resto alle circostanze di fatto del caso;

2) d'altro canto la truffa comune può aver luogo se, nel processo di una importante truffa creditizia di cui la banca è vittima giungendo per tal causa ad una situazione vicina all'insolvenza, non ricevendo il pagamento di un credito ingente e sproporzionato, essa banca continua ad accettare versamenti da parte di nuovi depositanti<sup>31</sup>. Il nostro sistema è ancora una volta privo di risposta specifica a tale situazione e si renderebbe quindi di nuovo necessario ricorrere alla struttura della tentata truffa con dolo eventuale, con l'elemento aggiuntivo, nel caso specifico, che la frode avviene sulla base di una omissione o, meglio ancora, sulla base della nozione di silenzio come atto concludente (apparenza di solvenza se non viene detto il contrario)<sup>32</sup>;

3) in terzo luogo, le eventuali macchinazioni volte ad alterare il prezzo delle cose, che prima abbiamo osservato dal punto di vista della banca come vittima di terzi (ed anche, ovviamente, di altre banche) e che adesso possiamo analizzare come comportamenti attribuibili alla banca. In questo caso rimandiamo a quanto abbiamo detto in precedenza aggiungendo soltanto che le operazioni di autocommessa, così frequenti nella nostra realtà economica, possono configurare a nostro avviso, se superano certi livelli, il reato di truffa (nel drenaggio di capitali) o di macchinazione volta

30) Più adeguata era lo spirito dell'art.365 del Progetto del 1980, già citato, che menzionava esplicitamente la volontà di drenare nuovi apporti di capitale, o addirittura dell'art.366 dello stesso Progetto del 1980. Quest'ultimo indicava che "coloro che, a danno di altri o con volontà di danneggiarli, fingano di avere sborsato il capitale sociale sottoscritto mediante versamenti fittizi o simulazione o inflazione di contributi in merci, saranno passibili di pena detentiva da sei mesi a due anni e di multa da sei a ventiquattro mesi":

31) BERNASCONI P., *Problemi...* cit., p.464.

32) Cfr. MÜLLER-GUGENBERGER, *Wirtschaftsstrafrecht*, § 54, Rdn. p.165ss.

ad alterare il prezzo delle cose, nella misura in cui possono significare una alterazione rilevante nelle quotazioni delle azioni dell'organismo stesso<sup>33</sup>;

4) in quarto luogo va ovviamente preso in considerazione il concorso di situazioni di usura (art. 542-546 CP spagnolo). In pratica questo reato, il cui fondamento è l'esigenza di un interesse notevolmente superiore a quello ordinario del denaro, è stato applicato soprattutto ai prestiti a usura camuffati sotto altre forme contrattuali e, comunque, assai di rado. Ciò rendeva assolutamente necessaria una riforma della materia. Però, a parer mio, non solo non vi è stata la necessaria riforma ma addirittura il reato, che nel Progetto CP 1992 appariva sotto il titolo "Dei prestiti e negozi abusivi", con qualche modifica a mio avviso rilevante, non si trova nel Progetto CP del 1994<sup>34</sup>.

#### ***b. Esercizio abusivo di attività bancaria o abuso della denominazione di banca.***

Nei paesi della nostra sfera culturale si è soliti partire dall'asserto che l'esercizio della intermediazione finanziaria è riservato esclusivamente a banche e ad altri istituti di credito in regime di monopolio. Questo ha portato a descrivere assai sovente come infrazioni penali i fatti di esercizio abusivo di tale attività o gli abusi nella denominazione di "istituti di credito"<sup>35</sup>. Un esempio di tale modello è dato dagli articoli 130-133 del Testo unico italiano.

Il sistema spagnolo dal canto suo non ha imboccato una strada simile. E bisogna quindi ricorrere alla Legge (amministrativa) 26/1988 per trovarvi, all'art.28.1., un divieto equiparabile:

"Nessuna persona fisica o giuridica, di cittadinanza spagnola o straniera, potrà, senza prima avere ottenuto la precettiva autorizzazione ed essere iscritta nei relativi registri, esercitare sul territorio spagnolo le attività legalmente riservate agli istituti di credito o utilizzare le denominazioni generiche che ad essi son proprie o altre che possano indurre a confusione".

---

33) Nel caso in cui accettassimo questa posizione si porrebbe l'interrogativo, a mia conoscenza non abordato nella nostra dottrina, circa la natura del rapporto di concorso che può intercorrere fra la truffa nel drenaggio di capitali e le macchinazioni volte ad alterare il prezzo delle cose (in questo caso, le azioni corrispondenti).

34) A questo proposito cfr. nel diritto comparato DOLCINI E.-PALIERO C. E., *Problèmes...cit.*, p.668s.

35) DOLCINI E.- PALIERO C. E., *Problèmes...cit.*, p.654ss.

La dottrina ha fissato il fondamento del divieto nella necessità di proteggere, da una parte, gli istituti registrati, e dall'altra, il pubblico in genere da quanti poco scrupolosamente offrono servizi bancari senza le garanzie di dovere e, infine, per proteggere il sistema nel suo complesso<sup>36</sup>.

Va ricordato però che la sola sanzione che può ricadere sulle cosiddette "banche di fatto" è, al massimo, una multa di cinque milioni di pesete. E' pur vero che, nel caso in cui l'intimazione a cessare immediatamente l'impiego delle denominazioni o la realizzazione delle attività non venga rispettata, la suddetta multa potrà essere rafforzata da "multe coercitive" il cui ammontare massimo è di dieci milioni e che debbono essere inflitte di nuovo ad ogni ulteriore intimazione. Questa situazione è comunque stata oggetto di un giudizio negativo da parte della dottrina<sup>37</sup>, che mette in guardia contro la probabile insufficienza di questi meccanismi, soprattutto a causa della importanza delle multe, assai ridotta se comparata con gli eventuali profitti ricavati dalle operazioni irregolari che siano state effettuate.

E così, dato che in questo caso non è possibile ovviamente parlare di revoca dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria -senza dubbio la sanzione più grave concepibile in questa materia- subentra la necessità di introdurre sanzioni di inabilitazione dei dirigenti, di scioglimento dell'organismo, di chiusura dei suoi locali ed addirittura previsioni circa la nullità di atti e negozi giuridici realizzati o sulla responsabilità patrimoniale diretta degli amministratori<sup>38</sup>.

Comunque, lo spirito della citata legge ispira l'art.28.3 nel quale viene ricordato che "quanto disposto in questo articolo va inteso senza esclusione di altre responsabilità, anche di natura penale, che possano risultare esigibili". D'altra parte vi sono dubbi circa la natura di tali responsabilità penali: vi possono essere, è vero, gli eventuali falsi in documenti mercantili o anche truffe o reati di usura, ma nessuno di essi -ad eccezione forse del primo- è direttamente legato alle attività di una banca di fatto e, comunque, non affronta in modo specifico la pericolosità tipica di questa forma di

---

36) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ T. R., in Fernández Rodríguez T. R. (Ed.), *Comentarios a la Ley de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito*, 2ª ed., Madrid 1991, p.113.

37) Giudizio che deve essere condiviso alla luce del Diritto comparato in cui, come è stato già detto, si trovano usualmente infrazioni penali passibili di pene detentive che sanzionano a volte persino fatti meramente negligenti. Cfr. DOLCINI E.- PALIERO C. E., *Problèmes...* cit., p.658-659.

38) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ T. R. *Ibidem*, pp.114-115.

drenaggio del risparmio e, in alcuni casi, di esercizio del credito.

**c. *Violazione delle garanzie di solvenza.***

Uno dei principali aspetti<sup>39</sup> della Legge 26/1988 è quello che fa riferimento all'inadempimento, da parte dell'istituto di credito, delle misure cautelari fissate amministrativamente per garantire la solvenza e, in ultima analisi, la salvaguardia degli interessi dei risparmiatori e del sistema in genere. Tale inadempimento si traduce innanzitutto nelle infrazioni, qualificate come "gravissime", b) e c) dell'art.4 della citata Legge, consistenti nel mantenimento durante un periodo di sei mesi di risorse inferiori a quelle necessarie al rilascio dell'autorizzazione corrispondente al tipo di istituto di credito in oggetto, e in una copertura insufficiente del coefficiente di riserva<sup>40</sup>. Come si vede, si tratta di comportamenti non direttamente lesivi e, in un certo senso, costitutivi di infrazioni meramente formali che, al massimo, potremmo ricondurre a illeciti a pericolo astratto.

Per tali infrazioni "gravissime" in principio l'istituto di credito subisce l'imposizione di una sanzione consistente in una multa il cui ammontare può raggiungere l'1% delle sue riserve o i 5 milioni se tale percentuale fosse inferiore a questa cifra. Inoltre può essere dettata, in alternativa, la revoca dell'autorizzazione concessa all'organismo in questione (art. 9)<sup>41</sup>. Riferimento comparato.

**d. *Operazioni non autorizzate ed infrazioni ai doveri di informazione e collaborazione.***

Questo è l'altro aspetto fondamentale della Legge, nella misura in cui i comportamenti succintamente descritti configurano, assieme a quelli

---

39) Deducibile dalla sua "Esposizione di motivi", per cui la legge "...si articola in una serie di norme tendenti a fornire all'autorità di controllo una informazione completa sulla situazione ed evoluzione dell'organismo finanziario, ed in un altro gruppo di norme tendenti a limitare o vietare quelle pratiche o operazioni che aumentino i rischi di solvenza o di liquidità insufficienti, ed a rafforzare le proprie riserve con cui poter eventualmente fronteggiare tali rischi evitando così pregiudizi ai depositanti".

40) Ed a cui andrebbero rapportate altre infrazioni, semplicemente "gravi", nell'art.5 della Legge.

41) Se l'infrazione è meramente "grave", ai sensi dell'art.5, l'art.10 dispone altre sanzioni: ammonimento pubblico, costituzione di depositi di compensazione non remunerati, o multa che può giungere al 0,5% delle riserve (o 2,5 milioni di pesete), in alternativa.

contenuti nel precedente paragrafo, il complesso di infrazioni "gravissime" dell'art.4. La dottrina afferma che qui si tratta di proteggere il bene giuridico rappresentato dalla chiarezza e trasparenza nei rapporti fra i membri della comunità bancaria<sup>42</sup> e fra essi e l'autorità di controllo.

Alla messa in atto di comportamenti proibiti o non autorizzati si riferiscono i commi a), d) ed e) dell'art.4, con i loro equivalenti meramente "gravi" nell'art.5. Dal canto loro, i commi f), g), h) ed i) prevedono infrazioni "gravissime" rispetto ai doveri di trasparenza ed informazione. Non si tratta qui come è ovvio degli obblighi di informazione che sono comuni alle società mercantili nei riguardi di soci e di terzi<sup>43</sup>, ma di quelli esistenti nei confronti dell'apposito organismo centrale di controllo in materia di credito. Su questo punto il Diritto comparato oscilla fra le sanzioni amministrative (p.es. Germania) e quelle penali (Francia, Italia)<sup>44</sup>.

Nel *Testo unico* troviamo così, rispetto a questo punto, l'art.134, che comprende sia le informazioni false e l'occultamento di dati (art.134. 1.) sia gli atti volti ad ostacolare interventi di ispezione (art.134. 2). In entrambi casi si tratta di pene detentive (fino a 5 anni nel primo caso, 1 anno nel secondo) e di ammende (fino a 20 o 100 milioni di lire, rispettivamente). Il testo spagnolo, con le sanzioni dell'art.9 di cui abbiamo già detto, comprende sia la mancata presentazione della relazione d'uopo (i) o la non veracità della stessa, sia il rifiuto o resistenza opposti all'intervento di ispezione (h), sia, infine, la tenuta di una contabilità irregolare (f) o la non realizzazione annuale di un *auditing* (g). Come si può vedere, la barriera della infrazione "gravissima" sorge in modo anticipato in questi due ultimi paragrafi.

#### e. Altri aspetti.

Un tema trascendentale è quello degli articoli 139-140 del *Testo unico*, relativo ai doveri, sanzionati penalmente, di comunicare il livello di partecipazione posseduto presso gli istituti di credito, quando esso supera

42) SUAY RINCÓN J., in Fernández Rodríguez T. R., *Comentarios...* cit., p.44.

43) Cui fa riferimento la Legge 26/1988, nel suo art.4 j), a vantaggio dei soci, depositanti, creditori e pubblico in genere. Ma che di solito rientrano anche, inoltre, fra i reati societari. Vengono così citati nel Progetto CP 1994, art.295, anche se in riferimento solo ai soci come "soggetti passivi".

44) Cfr. DOLCINI E. PALIERO C. E., *Problèmes...* cit., pp.662ss.

una certa percentuale, o quello degli articoli 141-142, con altre infrazioni per omissioni di informazione o dichiarazione. Di nuovo qui vanno constatate differenze sostanziali, dato che il sistema spagnolo rinuncia ad un intervento penale in tali questioni, che fa rientrare invece, per quel che riguarda la prima, nelle disposizioni aggiuntive 2<sup>a</sup> e 3<sup>a</sup> della Legge 26/1988. I contrasti relativi al regime di sanzioni avvengono qui in modo sostanzialmente simile a quello già rilevato in precedenti punti.

#### **D. Caratteristiche generiche del Diritto bancario sanzionatore in Spagna. Conclusioni.**

##### ***a. Bilancio e principi generali della Legge amministrativa 26/1988.***

Si può dire, in modo assai succinto, che il tratto più caratteristico del nostro sistema è quindi l'assenza di Diritto penale specifico dell'attività bancaria. Per quel che riguarda i fatti di cui la banca è vittima tale mancanza provoca la necessità di ricorrere alle figure del Diritto penale comune, con una forte insoddisfazione delle esigenze politico-criminali, risolta solo in piccola parte con il Progetto di CP del 1994. Per quel che riguarda i fatti invece di cui è causante la banca, va detto a chiare lettere che il ruolo di primo piano spetta all'ordinamento amministrativo sanzionatore attraverso le disposizioni contenute nella Legge 26/1988. Ciò nonostante la stessa Legge dispone la possibilità di sommare alle infrazioni amministrative anche illeciti penali comuni, in modo tale che è possibile una accumulazione delle sanzioni.

Il sistema risultante è di grande rilevanza essendo basato sui seguenti principi:

- Possibilità di imposizione cumulativa di sanzioni penali ed amministrative. L'art.2 della Legge stabilisce infatti che l'"esercizio della potestà di sanzione cui fa riferimento la presente Legge sarà indipendente dall'eventuale concorso di reati o colpe di natura penale"<sup>45</sup>. La possibilità

---

45) Aggiungendo però: "Nonostante questo, allorchè abbia corso un processo penale per gli stessi fatti o per altri la cui separazione da quelli punibili ai sensi di questa Legge sia razionalmente impossibile, la procedura verrà sospesa rispetto agli stessi fino a quando non vi sia una sentenza in giudicato da parte dell'autorità giudiziaria. Ripreso l'iter, la risoluzione che venga dettata dovrà rispettare la considerazione dei fatti contenuta in tale sentenza".

di imporre al tempo stesso sanzioni penali ed amministrative senza vulnerare il principio costituzionale del *non bis in idem* -fondamentale nell'articolazione di entrambi i sistemi di sanzioni- si basa secondo i commentatori della Legge sul fatto che l'ordinamento della intermediazione finanziaria costituisce un ambito di rapporti speciali (di autotutela)<sup>46</sup>. Dove non vi sarebbe insomma la coincidenza fra soggetto, fatto e *fundamento* nei campi penale ed amministrativo su cui si basa l'applicazione del suddetto principio, dato che le eventuali sanzioni penali risponderebbe a fini di tutela diversi da quelli propri delle sanzioni amministrative della Legge 26/1988. La stessa cosa<sup>47</sup> è stata ammessa dal Tribunale Costituzionale spagnolo a proposito della compatibilità delle sanzioni penali e di quelle amministrative-disciplinari.

La soluzione potrebbe essere corretta anche nel caso in cui, in futuro, si giungesse a descrivere penalmente, in modo specifico, fatti illeciti perpetrati da banche ai danni di terzi, infatti, nella misura in cui le figure penali risultanti fossero di *lesione* o di *pericolo concreto*, se le infrazioni amministrative rimanessero al livello di *pericolo* astratto, si dovrebbe parlare di un *concorso (ideale) di illeciti* (e non meramente di norme), per cui bisognerebbe -salvo disposizioni speciali in altro senso- imporre entrambi i tipi di sanzione.

- La responsabilità delle *persone giuridiche* (istituti di credito). Infatti, come prevede l'art.9 della Legge 26/1988, il destinatario centrale delle sanzioni che essa impone è "l'istituto di credito causante l'infrazione". E questo, diversamente da quanto accade nel Diritto penale, non pone nessun problema alla dottrina né alla Giurisprudenza in materia di Diritto amministrativo sanzionatore<sup>48</sup>, e questo malgrado che alcuni autori -penalisti- affermino che anche in esso, come Diritto sanzionatore, ed in virtù della vigenza necessaria del principio di colpevolezza, le sanzioni dovrebbero ricadere solo sulle persone fisiche<sup>49</sup>.

46) Cfr. SUAY RINCÓN J., in Fernández Rodríguez T. R., *Comentarios...cit.*, pp. 37-39, dove si insiste però sulla necessità di esaminare caso per caso la relativa infrazione.

47) Vedasi anche l'art.96 della Legge 24/1988, del 28 luglio, regolatrice del Mercato Valori.

48) Cfr. SUAY RINCÓN J., in Fernández Rodríguez T. R., *Comentarios...cit.* pp.59-61. V. anche la Sentenza del Tribunale Costituzionale (STC) 1ª 246/1991, del 19 dicembre, relatore Tomás y Valiente.

49) GRACIA MARTÍN L., *La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas*, in *Actualidad Penal*, 39-1993, pp.583ss.-589ss.

- La *responsabilità congiunta* degli istituti di credito e dei loro amministratori. In precedenza si è detto che la responsabilità ricade principalmente sulla persona giuridica. Orbene, l'idea della centralità della responsabilità degli istituti di credito non costituisce impedimento -ai sensi della legge- allo stabilimento simultaneo di sanzioni, in virtù dell'art.12 contro coloro "che nell'esercizio di funzioni amministrative o di direzione all'interno dello stesso siano responsabili dell'infrazione ai sensi dell'art.15". Ed infatti l'art.15 dispone quanto segue:

"1. Il titolare di funzioni amministrative o di direzione all'interno dell'istituto di credito sarà responsabile delle infrazioni gravissime o gravi quando esse siano imputabili ad un suo comportamento doloso o negligente.

2. Malgrado la disposizione del punto precedente, verranno considerati responsabili delle infrazioni gravissime o gravi commesse dagli istituti di credito i loro amministratori o membri dei loro organi collegiali di amministrazione, salvo nei seguenti casi:

a) Quando chi faccia parte di organi collegiali non abbia assistito per causa giustificata alle riunioni corrispondenti o abbia votato contro o si sia astenuto su decisioni o accordi che avrebbero dato luogo alle infrazioni.

b) Quando le suddette infrazioni siano imputabili esclusivamente a commissioni esecutive, consiglieri delegati, direttori generali o organi simili o ad altri funzionari dell'istituto"<sup>50</sup>.

Le sanzioni che, in base all'art.12, possono venire imposte a tali soggetti sono quelle di 10 milioni al massimo di ammenda, sospensione dall'esercizio della carica per un massimo di tre anni, allontanamento dalla carica con inabilitazione per il suo esercizio all'interno dello stesso istituto per un periodo massimo di cinque anni, o di dieci in qualsiasi altro istituto. Tutte esse applicabili in alternativa eccetto l'ammenda che è compatibile con le sanzioni di inabilitazione.

La somma di queste sanzioni e di quelle che ricadono sugli istituti di credito produce un effetto di enorme potere deterrente, anche se può essere allegato un certo attacco a principi di proporzionalità e di personali-

---

50) Circa la interpretazione di questo articolo, che presenta qualche problema, cfr. SUAY RINCÓN J., in Fernández Rodríguez, T.R., *Comentarios...* cit. pp.72-74.

tà (ed anche, di nuovo, l'apparizione di addirittura tre sanzioni) -se contiamo anche una eventuale sanzione penale- per la perpetrazione di un solo fatto, dato che un dirigente potrebbe subire sanzione penale ed amministrativa personale ed inoltre la quota parte della sanzione imposta all'istituto. Cercare di giustificare questa situazione adducendo che la doppia sanzione sarà applicabile solo nei casi in cui sia l'istituto, sia la persona fisica siano venuti meno al loro dovere è abbastanza eufemistico dato che la unica possibilità che ha l'organismo di venir meno al proprio dovere<sup>51</sup> è, appunto, il comportamento contrario al dovere dei suoi dirigenti o amministratori.

- L'ammissione di criteri di una *relativa responsabilità obiettiva* nell'imposizione di sanzioni. Da quanto precede è possibile dedurre che la responsabilità soggettiva nel quadro della Legge 26/1988 non si limita alle forme dolose, ma che vi rientra perfettamente l'esecuzione imprudente<sup>52</sup> (art.15, 1.) e certe clausole ammettono persino una interpretazione in chiave obiettivistica (art.15, 2). Inoltre, nelle norme di definizione delle sanzioni dell'art.14 non si riscontra l'obbligo di distinguere i fatti dolosi da quelli frutto di imprudenza, apparendo questo semplicemente come un criterio generico (il grado di responsabilità nei fatti dell'interessato), che deve avere una limitata incidenza.

- A tutto questo si aggiunge il ruolo prioritario dell'attività *preventiva (di controllo)* da parte dell'Amministrazione bancaria, impersonata dal Banco de España, con le sue possibilità di intervento (art.3, 1. e seguenti della Legge 26/1988). Ed anche la possibilità di adottare, all'incoare il processo amministrativo o nel corso del suo *iter*, *provvedimenti cautelari*, come la sospensione provvisoria di amministratori o dirigenti ai sensi dell'art.24 della Legge.

51) SUAY RINCÓN J., *Ibidem*, pp.65-66.

52) Possibilità di esecuzione per imprudenza che i commentatori della Legge (cfr. SUAY RINCÓN J., *Ibidem*, p.74) cercano di giustificare non rispetto alla regola di esecuzione dolosa che sarebbe a noi familiare, bensì rispetto alla responsabilità pienamente oggettiva in questi termini: "... non bisogna scandalizzarsi e temere per l'efficacia del sistema. Essa risulta intatta se si tiene presente che l'imprudenza come causa necessaria per l'insorgere di responsabilità può e deve essere interpretata nell'ambito del credito con particolare rigore. Coloro che si dedicano a tale attività sono, in fin dei conti, depositari di beni altrui e su di essi grava un particolarmente intenso dovere di custodia".

### b. Considerazioni.

La descrizione delle infrazioni specifiche e dei principi generali della Legge 26/1988 potrebbe essere ovviamente più particolareggiata.

D'altra parte quanto sinora esposto sembra sufficiente per consentire la formulazione di un giudizio sul sistema sanzionatore spagnolo in materia bancaria. Alla luce di quanto abbiamo visto si tratta infatti di chiederci se l'esistenza di un Diritto penale bancario specifico potrebbe aggiungere qualcosa ad un sistema come quello configurato. A mio avviso, occorre adottare a tale riguardo un doppio punto di vista a seconda della personalità del causante: da una parte gli atti in cui la banca è vittima e dall'altra quelli in cui la banca è causante. Rispetto ai primi, come si è già detto, credo che si possa affermare che è necessario introdurre nel nostro sistema reati come la truffa creditizia, la slealtà o addirittura una configurazione più vasta del reato di macchinazione volta ad alterare il prezzo delle cose. Invece, nell'ambito dei fatti in cui la banca è causante, sorge e deve sorgere il dubbio fondato<sup>53</sup> circa la sufficienza o meno del sistema di tutela amministrativa attuale, combinato con le norme di Diritto penale comune. In altre parole è opportuno chiedersi se un Diritto penale in senso stretto aggiungerebbe non solo la connotazione *simbolica* che caratterizza sempre l'intervento del Diritto penale in qualsiasi settore, ma anche effetti *strumentali* percettibili<sup>54</sup>.

Previamente si potrebbe porre un interrogativo articolato in due

---

53) Fondata anche perchè, fra l'altro, autori di prestigio come DOLCINI E. PALIERO C.E., *Problèmes...* cit., p.674, indicano che è nota la mancanza generale di efficacia del Diritto penale della banca e del credito.

54) Va comunque ricordato che il semplice fatto di ricorrere al Diritto penale, anche se in termini puramente simbolici (quando esso non è cioè veramente in grado di garantire maggiore efficacia della tutela extrapenale) ha, paradossalmente, effetti strumentali a livello sociale mass-mediatico. Da una parte perchè la semplice associazione del Diritto penale ad un determinato bene giuridico rinforza il valore di tale bene (circostanza logica dato che è opinione generale che il Diritto penale, come ultima ratio, protegge solo i beni più importanti). D'altra parte perchè vi sono meccanismi sociali (irrazionali) che associano ancora il Diritto penale a ciò che è più grave, in termini stigmatizzanti, circostanza che fa sì che esso abbia un effetto deterrente anche nei casi in cui le sue sanzioni concrete non giustificano il suddetto effetto. Questo risulta assai evidente dalla comparazione fra gli effetti devastanti che ha nell'opinione pubblica il sottoporre il soggetto ad un processo penale e le reazioni neutre (e neutralizzabili) che si hanno nei casi in cui viene istruito un procedimento sanzionatore amministrativo.

punti. Da una parte, se l'attribuzione di potestà penalizzante all'Amministrazione è compatibile con le garanzie dello Stato di Diritto. Un tema che, da sempre oggetto di forti dibattiti in Spagna, venne risolto dalla Costituzione del 1978 (art.25, 3) a favore del riconoscimento di tale possibilità. Dall'altra parte, se far ricadere il peso dell'intervento sanzionatore nei riguardi di un settore determinato sull'Amministrazione è garanzia sufficiente di neutralità ed efficacia<sup>55</sup>; soprattutto quando si tratta di un settore in cui spesso l'Amministrazione si trova coinvolta in modo diretto o indiretto. In questo caso si tratterebbe di opporre all'argomentazione relativa ad una ipotetica "fuga verso il Diritto penale" la controargomentazione consistente nell'affermazione che il Diritto penale, con la sua conseguente applicazione ad opera di giudici e Tribunali (*Diritto giudiziario*), rappresenta la più chiara distinzione rispetto alla politica al raggiungere i massimi livelli di neutralità nei suoi confronti e di rispetto delle garanzie (legalità, indipendenza ecc.).

Comunque, formulata la suddetta riserva, occorre domandarsi di nuovo se, tenendo presente la tutela amministrativa in materia bancaria, si può affermare che vi sia, per dirla con M. E. Mayer, necessità di una tutela penale, merito di una tutela penale ed infine capacità di tutela penale<sup>56</sup>. Ai fini di tale verifica, sembra necessario ricordare che la introduzione di un sistema di Diritto penale bancario ridurrebbe la possibilità della imposizione contemporanea di sanzioni penali ed amministrative; che, nella misura in cui non venga raggiunto un accordo in senso contrario, significa la rinuncia a considerare direttamente responsabili gli istituti di credito, i quali potrebbero essere oggetto solo di conseguenze accessorie<sup>57</sup>, una volta individuati gli individui concretamente responsabili dell'illecito; che, insomma, la imputazione dovrebbe essere strutturata in principio su soggetti individuali concreti, compito a volte arduo per ragioni tanto di istruzione quanto probatorie. A ciò va aggiunta l'esigenza di responsabilità soggettiva

55) Non bisogna dimenticare qui che la penalizzazione delle infrazioni amministrative da parte dell'Amministrazione è caratterizzata da notoria arbitrarietà, dalla vigenza del principio di opportunità ecc.. Tutti elementi che influiscono -riducendola- sulla probabilità della sanzione, per cui la gravità della sanzione stessa risulta assai sfumata.

56) MAYER M.E., *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 2ª ed., 1923, p.22ss.

57) Conseguenze previste a livello generale dal Progetto CP 1994 (art.129), prevedendone perfino l'applicazione cautelare da parte del Giudice Istruttore.

va, molto più intensa nel Diritto penale, che non si accontenterebbe facilmente di una semplice negligenza per attribuire responsabilità in molti di questi illeciti e, evidentemente, negherebbe con decisione certe forme di responsabilità pseudo-oggettiva che, a seconda della lettura che se ne faccia, sembrano essersi infiltrate nella Legge 26/1988. Tutto questo, sommato alle facoltà amministrative in materia di intervento, fa sì che il sistema di tutela attraverso il Diritto amministrativo sanzionatore presenti, in genere, una enorme forza, difficilmente raggiungibile dal Diritto penale. Soprattutto se, poi, si intende fondare l'intervento penale non su pene privative di diritti bensì su pene detentive che ovviamente non potrebbero essere di lunga durata e che sarebbero quindi esposte ad una sospensione condizionale della condanna<sup>58</sup>, e su multe che in genere non risultano essere assai elevate.

Ed infine non bisogna dimenticare che l'istituzione in possesso delle informazioni è l'organo amministrativo di controllo, per cui tutto il processo penale ne risulterebbe dipendente.

Insomma, salvo l'eccezione rappresentata da questa maggiore neutralità del Diritto penale nei confronti della politica<sup>59</sup>, non sembra che vi siano troppi argomenti in chiave di "necessità di tutela penale" che giustifichino nel nostro paese l'introduzione di un "Diritto penale bancario". Questo permette inoltre di generalizzare la riflessione e di chiederci, a livello globale e per tutti i paesi, se abbia veramente senso il fatto che il Diritto sanzionatore fondamentale in materia bancaria sia il Diritto penale. In realtà, quest'ultimo può addurre a suo favore solo un eventuale superiore effetto deterrente proprio della pena detentiva, assai limitato, nel caso di condanne corte o di media durata, dall'eventuale sospensione della loro applicazione e, soprattutto, l'effetto simbolico (anch'esso deterrente) della sottomissione ad un processo penale diffuso dai massa media<sup>60</sup>. Però, nella misura in cui questo è un mezzo e non un fine del Diritto penale, risulta difficile attribuirgli il carattere di argomento determinante. Paradossalmente gli argomenti a favore del Diritto penale che potrebbero avere più forza qui non sono quelli di tipo preventivo, bensì quelli di tipo garantistico: la ne-

58) Cfr. art.92ss. del CP spagnolo; art.163ss. del CP italiano.

59) Che, d'altra parte, è fortemente condizionata dal fatto che la figura in possesso delle informazioni necessarie per un eventuale intervento punitivo sia l'Amministrazione settoriale.

60) Che può risultare rafforzato in termini più reali attraverso l'imposizione della carcerazione preventiva.

cessità di piena ammissione dei principi di responsabilità personale, responsabilità soggettiva, proporzionalità ecc.<sup>61</sup>.

Nutro comunque seri dubbi rispetto al fatto che questa superiorità garantistica del nostro ordinamento debba servire come argomento di politica giuridica. Quando non vi è un reale bisogno di *tutela penale* in un determinato ambito, una minima considerazione del carattere sussidiario dell'ordinamento punitivo obbliga ad astenersi dall'intervenirvi.

---

61) Ed il vincolo giudiziario, presieduto da principi di legalità processuale, imparzialità ed indipendenza.

SERGIO MOCCIA

**IMPIEGO DI CAPITALI ILLECITI E RICICLAGGIO: LA RISPOSTA  
DEL SISTEMA PENALE ITALIANO\***

---

\*Relazione tenuta al Seminario internazionale "La disciplina penale dell'attività bancaria: esperienze a confronto", a cura dell'Associazione Internazionale di Diritto Penale-Gruppo Italiano. Urbino-San Marino, 20-22/10/ 1994.



1. L'impiego di capitali illeciti è una forma speciale di riciclaggio: essa rappresenta l'ultima fase del ciclo di trasformazione dei capitali di derivazione criminale in investimenti leciti e si caratterizza per la particolare gravità sotto il profilo della dannosità sociale, in quanto l'investimento produttivo -per lo più da parte della criminalità organizzata- di proventi di derivazione illecita, normalmente di notevole entità, è in grado di porre in essere gravi turbative allo stesso ordine economico<sup>1</sup>, agevolando, se non il raggiungimento di posizioni di monopolio, certamente la veloce ascesa a posizioni di supremazia da parte di imprese di origine criminale<sup>2</sup>.

Prevenzione e repressione di questo tipo di condotte rappresentano sicuramente degli obiettivi da perseguire con la massima fermezza. L'ordinamento italiano, nell'ambito della normativa antiriciclaggio, ha previsto all'art.648ter c.p.<sup>3</sup> una norma *ad hoc*, i cui esiti applicativi appaiono, tuttavia, tutt'altro che incoraggianti<sup>4</sup>: mai come in rapporto a fatti di questo ge-

---

1) Come non ha mancato di rilevare la dottrina più autorevole. Cfr. sull'argomento CRE-SPI. *Aziende di credito e repressione del riciclaggio dei proventi illeciti (Appunti intorno a recenti disegni di legge)*, in *Riv. soc.* 1990, p.1403s.; FLICK, *La repressione del riciclaggio ed il controllo dell'intermediazione finanziaria. Problemi attuali e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1990, p.1261; ID. *Prospettive e problemi del controllo penale degli intermediari finanziari*, in *Riv. soc.* 1990, p.792; ID., *Le risposte nazionali al riciclaggio di capitali. La situazione italiana*, *ivi* 1992, p.1298ss.; G. PECORELLA, *Circolazione del danaro e riciclaggio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1991, p.1221, pp.1223-1234.

2) Cfr. sul tema, per tutti, il recente lavoro di SAVONA, *La grande corsa: mafia e riciclaggio*, in *Pol. dir.* 1994, p.55ss.

3) Sia pur con riferimento al testo del 1990, sull'art.648ter c.p., cfr. COLOMBO, *Il riciclaggio*, Milano 1990, p.123ss.; BARBIERA - CONTENTO, *Lotta al riciclaggio del danaro sporco. Nuova disciplina dei pagamenti, dei titoli di credito e delle attività finanziarie*, Milano 1991, p.53ss.

4) A tutto il 1993 non risultano pronunce giurisprudenziali relative all'art.648ter c.p.

nere, il ricorso ad una legislazione simbolica appare tanto rischioso, visti gli effetti devastanti, sotto molteplici profili, che le condotte di riciclaggio possono produrre. E' noto, infatti, che l'adozione di norme di questo tipo, non appare solo superflua in relazione al fenomeno criminale che s'intende combattere, ma risulta addirittura dannosa perché finisce per neutralizzare le spinte all'intervento che provengono dalla società, dal momento che risulta operante una risposta che si presenta anche con il carattere della fermezza, ma, in realtà, è solo una risposta apparente.

Il quadro normativo relativo alla repressione del riciclaggio nell'ordinamento italiano appare piuttosto articolato; non sempre, tuttavia, emerge un efficace coordinamento tra le varie disposizioni che, anzi, sovente sembrano essere espressione di una logica di tipo emergenziale, dando luogo a difficoltà applicative<sup>5</sup>. E' possibile, comunque, individuare tre direttive entro cui si muove la strategia legislativa antiriciclaggio: una di tipo preventivo, affidata alla legislazione complementare, che prevede l'allestimento di un complesso sistema di controlli sulla circolazione del danaro e sull'attività di intermediazione finanziaria; una di tipo repressivo tradizionale, affidata a norme codicistiche, con la previsione di speciali figure di reato; ed infine, una di tipo, per così dire, successivo, attinente alla sfera del *post factum*, che si esprime nella previsione di misure di sequestro e di confisca dei proventi illeciti che costituiscono il capitale d'impiego dell'impresa criminale.

Va sottolineato il fatto che l'Italia è stato uno dei primi paesi ad impegnarsi, dal punto di vista legislativo, nella lotta al fenomeno del riciclaggio; com'è noto, già nel 1978 con il decreto legge 21 marzo 1978 n°59 convertito nella legge 18 maggio 1978 n°91, nell'ambito della legislazione dell'emergenza, prodotta per fronteggiare il diffondersi di intense ed allarmanti forme di criminalità politica e comune, fu introdotta la fattispecie di sostituzione di danaro e valori provenienti da rapina aggravata, estorsione aggravata o sequestro di persona a scopo di estorsione (art.648bis c.p.), che rappresenta la prima norma espressamente orientata alla predisposizione diretta di sbarramenti alla realizzazione di vantaggi patrimoniali derivanti da gravi reati<sup>6</sup>. Tuttavia, con questa disposizione, più che contro fatti di

5) Sul punto v. *infra*.

6) Sul tema, per tutti, cfr. DALIA, *L'attentato agli impianti e il delitto di riciclaggio*, Milano 1979, p.60 ss.; G. PECORELLA, *Danaro (sostituzione di)*, in *Digesto delle discipline penali*, Torino 1989, p.366ss.

riciclaggio in sé, si intendeva allestire in particolare uno strumento di lotta, di tipo deterrente, nei confronti dei reati presupposto; il che viene confermato dall'anticipazione della soglia di punibilità alla realizzazione di meri atti preparatori della sostituzione di danaro e valori, che caratterizzava la norma.

Una più spiccata connotazione di contrasto alla criminalità organizzata di tipo mafioso si cominciò ad avere con le disposizioni contenute nell'art. 13 d.l. 13 dicembre 1979 n°79 convertito con modificazioni nella l. 6 febbraio 1980 n°15, relativa agli obblighi di identificazione e di registrazione, da parte delle banche e degli uffici della pubblica amministrazione, dei dati di coloro che avessero effettuato transazioni d'importo superiore ai venti milioni di lire<sup>7</sup>.

Con queste disposizioni cominciò a mutare la strategia, diversificandosi in un orientamento meramente repressivo del fenomeno del riciclaggio in sé, affidato a fattispecie codicistiche di taglio tradizionale ed in un orientamento preventivo ad ampio spettro, che si concretizzava nell'introduzione di idonei meccanismi di controllo e sorveglianza dei flussi finanziari. Si era, infatti, compreso che il fenomeno aveva dimensioni ed esiti ben più ampi di quelli ipotizzati in rapporto alla mera commissione di fatti di rapina, di estorsione: in altri termini, ci si era resi pienamente conto dell'ampiezza del diffondersi della criminalità organizzata e del fatto che questa ottenesse un'altissima remuneratività dall'attività criminale, con la conseguenza dell'accumulazione di enormi quantità di risorse economiche in mano alle organizzazioni criminali. Si era compreso allora che un efficace strumento di lotta era dato dal neutralizzare l'utilizzazione della ricchezza monetaria posseduta dalle organizzazioni criminali, attraverso il controllo delle forme attraverso cui è possibile custodire ed investire la liquidità monetaria di provenienza illecita.

Con il porre dei limiti alla libera circolazione del contante o dei titoli al portatore, si perseguiva, dunque, la finalità di impedire l'uso dei correnti strumenti offerti dal sistema finanziario; in tal modo non si consentiva che tale ricchezza, attraverso qualsiasi forma d'investimento, potesse essere indirizzata a produrre altra ricchezza, ottenendo, in ogni caso, il ri-

---

7) Sul punto cfr. FLICK, *Intermediazione finanziaria, informazione e lotta al riciclaggio*, in *Riv. soc.* 1991, p.433ss., in particolare pp.468-469; ANTOLISEI, *Diritto penale. Leggi complementari*, a cura di L. Conti, vol. I, 1993, p.445s.

sultato minimale, ma non di poco conto, della trasformazione dell'originaria liquidità monetaria in nuovi valori, mobiliari o immobiliari, e della custodia in forma finanziariamente più evoluta rispetto a quella che poteva essere compiuta personalmente dall'investitore. A tal proposito va sottolineato il notevole ampliamento dell'ambito applicativo dell'art.13 l. n°15/1980, che prendeva in considerazione la sola movimentazione del contante, attraverso la modifica apportata con l'art.30 della legge 19 marzo 1990 n°55 e la definitiva, opportuna razionalizzazione della norma attraverso l'art.2 della legge 5 luglio 1991 n°197<sup>8</sup>.

In questo contesto va anche ricordato l'art.1 del decreto legge 28 giugno 1990 n°167 convertito nella legge 4 agosto 1990 n°227, che, sia pur per la finalità immediata di lotta all'evasione fiscale, impone ad enti creditizi, società finanziarie ed intermediari in genere l'obbligo di rilevazione dei trasferimenti da e verso l'estero di danaro, titoli o valori mobiliari; è evidente l'obiettivo valenza di tale disposizione in termini di contrasto nei confronti di attività di riciclaggio<sup>9</sup>. Alla stessa stregua, l'art.8 della legge 30 dicembre 1991 n°413, dettata anch'essa prevalentemente al fine di agevolare i controlli fiscali, per il fatto di incrementare le possibilità di accesso alla documentazione bancaria, esplica una funzione non irrilevante anche nell'ambito delle indagini antiriciclaggio<sup>10</sup>.

Era, tuttavia, maturata, l'esigenza di dover non soltanto controllare i flussi del danaro contante, ma anche di limitarne la portata, imponendo mezzi di pagamento alternativi a questo, che maggiormente si prestassero a lasciare solide tracce dell'avvenuto impiego. Attraverso una complessa vi-

8) Sul punto cfr. FLICK, *Riciclaggio*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXVII, Roma 1991, pp.8-9; ID., *Intermediazione finanziaria, informazione e lotta al riciclaggio*, cit., pp.469-470; ANTOLISEI, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p.446.

9) La l. 4 agosto 1990 n°227 disciplina la "rivelazione ai fini fiscali di taluni trasferimenti da e per l'estero di denaro titoli e valori". In proposito, per tutti, in dottrina cfr. CAPRIGLIONE, *Evoluzione del sistema finanziario italiano e riforme legislative*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 1991, p.42ss.

10) Sulla l. 30 dicembre 1991 n°413 che disciplina le "Disposizioni per ampliare le basi imponibili, per razionalizzare, facilitare e potenziare l'attività di accertamento; disposizioni per la rivalutazione obbligatoria dei beni immobili delle imprese, nonché per riformare il contenzioso e per la definizione agevolata dei rapporti tributari pendenti; delega al Presidente della Repubblica per la concessione di amnistia per reati tributari; istituzioni dei centri di assistenza fiscale e del conto fiscale", cfr. MOGOROVICH, *La dilatazione degli accertamenti fiscali*, in *Rass. mens. delle imposte*, 1993, p.484ss.

cenda parlamentare si giunse al decreto legge 4 gennaio 1991 n°2, reiterato con modifiche dai successivi decreti 8 marzo 1991 n°72 e 3 maggio 1991 n°143, convertito dalla legge 5 luglio 1991 n°197, la cosiddetta "legge antiriciclaggio"<sup>11</sup>. Con questo provvedimento si completa la manovra legislativa sin qui descritta per il controllo e la sorveglianza dei flussi finanziari che, come risultato immediato, ha avuto l'effetto di agevolare una generale trasparenza del sistema finanziario. Infatti, la legge n°197/1991 dispone, tra l'altro, la limitazione dell'uso del contante e dei titoli al portatore per transazioni fino a 20 milioni (art.1), l'identificazione di coloro che effettuano i pagamenti e le movimentazioni di conti (art.2), e l'istituzione di un archivio informatizzato relativo alle operazioni ed agli autori delle stesse (art.5), l'obbligo di segnalare operazioni sospette. Di notevole rilievo appare anche la disciplina dell'attività dell'intermediazione finanziaria, che prevede, tra l'altro, l'istituzione di un registro degli intermediari (artt.6-10).

La disciplina codicistica del fenomeno ha conosciuto una prima evoluzione con la norma di cui al sesto comma dell'art.416bis, introdotto, com'è noto, dall'art.1 della legge 13 settembre 1982 n°646, che prevede come circostanza aggravante del delitto di associazione di tipo mafioso il fatto che le attività economiche che l'associazione intende controllare, sono finanziate, in tutto o in parte, con il prezzo, il prodotto o il profitto di delitti<sup>12</sup>. A ben vedere, si tratta proprio di quel tipo di condotte che successivamente verrà ad assumere la definizione normativa di impiego di danaro di provenienza illecita per l'autonoma fattispecie di cui attualmente all'art.648ter c.p., tesa a contrastare l'utilizzazione di risorse di provenienza criminale per il finanziamento di attività lecite.

Con la legge 19 maggio 1990 n°55 si è, invece, operata una prima revisione della disciplina del fatto di riciclaggio di cui all'art.648bis c.p., conferendo ad essa una più accentuata connotazione di contrasto all'attività delle organizzazioni criminali con l'ampliamento del novero dei reati presupposto al traffico di stupefacenti e con l'introduzione, all'art.648ter, della fattispecie di impiego di capitali illeciti. Si è considerato che il procedimento di riciclaggio poteva articolarsi in due fasi distinte: quella della separazione di danaro, beni o altre utilità dalla provenienza criminale, tramite condotte di "sostituzione" o di "ostacolo" all'identificazione della loro ori-

11) Su questo significativo provvedimento legislativo si veda la pregevole analisi di BARBIERA-CONTENTO, *Lotta al riciclaggio del danaro sporco*, cit., passim.

12) Cfr. in proposito SPAGNOLO, *L'associazione di tipo mafioso*, Padova 1984, p.111.

gine<sup>13</sup> e la fase dell'impiego delle risorse, con la loro immissione nel mercato<sup>14</sup>, per lo più nei settori, molto remunerativi, della finanza, dell'industria o del commercio, agendo in condizioni di estremo favore, dati i costi, economici, molto bassi dei capitali impiegati.

Rispetto alle disposizioni contenute nella norma sul riciclaggio del 1978 emergevano differenze strutturali, sia sul piano della materia regolata che sul piano della condotta punibile. La nuova norma, con l'adozione di una formula di più ampio respiro, aveva notevolmente esteso l'ambito di ciò che poteva essere oggetto di "sostituzione": non sembra, infatti, che alcun tipo di provento criminale potesse essere escluso dalla previsione normativa grazie all'adozione della formula "denaro, beni o altre utilità" al posto di quella relativa a "denaro o valori". Sul piano della condotta, da un lato, si era ampliato l'ambito applicativo prevedendo l'ulteriore condotta di "ostacolo all'identificazione" della provenienza di danaro, beni o altre utilità, dall'altro, si era rinunciato all'esasperata tutela anticipata presente nella prima versione dell'art.648bis - in essa, com'è noto, con l'adozione della formula "fatti o atti diretti a sostituire" si finiva con il criminalizzare già i meri atti preparatori - per adottare una fattispecie d'evento, molto più affidabile sotto il profilo delle garanzie di un diritto penale del fatto. Dal punto di vista della fattispecie soggettiva, si era, infine, rinunciato al requisito del dolo specifico della finalità di profitto che connotava la norma del 1978, estendendo, così, anche sotto tale profilo lo spazio di operatività della disposizione.

Alla fattispecie di riciclaggio contenuta nell'art.648bis c.p. fu, inoltre, affiancata, come già si è accennato, quella di impiego di capitali illeciti, art.648ter c.p., che disciplinava la fase ultima del procedimento di riciclaggio, quella dotata di maggior disvalore sociale, in quanto capace di creare anche degli squilibri nel mercato economico. La fattispecie, in particolare, riguardava la condotta di utilizzazione di capitali provenienti dai reati presupposti, espressamente previsti, per qualunque destinazione avente un rilievo economico: le "attività" di cui si parla nella norma, potevano, quindi, variare dalla produzione, e/o il commercio, di beni e servizi, alle intermediazioni finanziarie, passando attraverso tutte quelle iniziative relative alla circola-

---

13) Sul punto cfr. COLOMBO, *Il riciclaggio*, cit., p.85ss.; G. PECORELLA, *Circolazione del danaro e riciclaggio*, cit., p.1332-1333.

14) Cfr. sull'argomento COLOMBO, *Il riciclaggio*, cit., p.119ss.; G. PECORELLA, *Circolazione del danaro e riciclaggio*, cit., p.1233ss.

zione di denaro e titoli.

Successivamente, gli artt.4 e 5 della legge 9 agosto 1993, n°328 di ratifica ed esecuzione della Convenzione adottata dal Consiglio d'Europa a Strasburgo l'8 novembre 1990<sup>15</sup>, hanno apportato ulteriori modifiche alla disciplina codicistica dei fatti di riciclaggio, svincolando entrambe le fattispecie di cui agli artt.648*bis* e 648*ter* c.p. dai reati presupposto espressamente richiamati, introducendo il riferimento alla semplice provenienza da delitto, di danaro, beni o altre utilità da riciclare o da "impiegare". Questa modifica, da un lato, ha consentito il superamento di non semplici problemi di prova relativi alla consapevolezza da parte dell'autore del riciclaggio della specifica provenienza del danaro dalla commissione di uno dei reati 'nominati'; dall'altro, ha conferito una piena autonomia alla disciplina del riciclaggio, emancipandola definitivamente dalla matrice 'preventiva', che caratterizzava l'originaria versione dell'art.648*bis* c.p., tesa, ripetiamo, più a colpire la commissione dei reati presupposto, che non l'attività di riciclaggio in sé.

La prospettiva era già profondamente cambiata nella riforma del 1990, con l'ingresso del traffico di stupefacenti tra i reati presupposto del riciclaggio. Infatti, relativamente a tale gravissima ipotesi criminosa veniva a sparire ogni possibilità di identificazione del danaro che, invece, risultava possibile in rapporto a fatti di estorsione, sequestro di persona e, talvolta, anche di rapina.

Tuttavia, è stata soprattutto la piena consapevolezza dell'enorme potenziale di distorsione del mercato economico-finanziario, rappresentato dai proventi di attività criminali di tipo associativo, a cui originariamente non si era affatto pensato, che ha opportunamente spinto nella direzione dell'estensione dell'ambito applicativo delle disposizioni di cui agli artt.648*bis* e 648*ter* c.p. a tutti i casi di riciclaggio di risorse di origine penalmente illecita, svincolando le ipotesi di riciclaggio da figure prefissate di reati presupposto<sup>16</sup>.

Il cerchio strategico della normativa antiriciclaggio si è chiuso con

---

15) Sulla Convenzione di Strasburgo cfr. *La ratifica della Convenzione di Strasburgo (1990) in tema di riciclaggio*, in *Ind. pen.* 1993, p.751 s.; PEZZUTO-IORIO, *La convenzione di Strasburgo sul riciclaggio*, in *Riv. G. di F.* 1994, p.983s.

16) Secondo un indirizzo consolidato e diffuso a livello di elaborazioni dottrinali internazionali, sul tema cfr. BERNASCONI, *Riciclaggio. La soluzione svizzera*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.* 1990, p.159ss.

le disposizioni contenute nel decreto-legge 8 giugno 1992 n°306 convertito nella legge 7 agosto 1992 n°356, tese a colpire sul piano del *post factum* i proventi di attività illecite, attraverso un'azione di controllo del punto di arrivo terminale dei vari flussi di ricchezza<sup>17</sup>. Non si tratta di una novità assoluta della legislazione italiana, in quanto già con la legge n°646/1982 si erano utilizzate le misure della confisca e del sequestro di beni provenienti da attività criminale organizzata. Ciò non di meno, il consequenziale perseguimento della più ampia e significativa finalità della trasparenza del sistema economico aveva spinto nella direzione della predisposizione di un intervento meglio articolato e più incisivo: di prendere, cioè, in considerazione, in termini di reato, ipotesi di pericolosità in un'accezione "reale", anziché "processuale".

Questa prospettiva ha destato, tuttavia, non poche perplessità sotto il profilo della conformità ai principi dello stato sociale di diritto<sup>18</sup>. Infatti, con le disposizioni di cui al secondo comma dell'art. 12quinquies l. n°356/1992 si prevedeva la reclusione da due a cinque anni e la confisca dei beni per coloro nei cui confronti pendeva un procedimento penale per taluno dei delitti espressamente indicati dal legislatore, e per coloro nei cui confronti era in corso di applicazione una misura di prevenzione personale o si procedeva per la sua applicazione, qualora fosse risultato che essi avessero la titolarità o la disponibilità di beni di valore sproporzionato al reddito dichiarato o all'attività economica svolta, dei quali non potessero giustificare la provenienza legittima. Si trattava, com'è evidente, di un formidabile strumento repressivo che, al fine di superare questioni probatorie, sulla base di un mero sospetto, faceva ricorso all'inversione dell'onere della prova in materia penale, ponendo, però, in essere una raffica di violazioni di principi costituzionali (uguaglianza, inviolabilità dei diritti della difesa, legalità, presunzione di non colpevolezza, difesa della proprietà privata) che la dottrina più attenta non ha mancato di sottolineare e la Corte Costituzionale ha puntualmente rilevato. Infatti la Corte con la sentenza del 9 febbraio 1994 n°48 ha dichiarato l'illegittimità della norma<sup>19</sup>. È apparso intollerabile il

17) Segnalava l'efficacia delle misure patrimoniali nella lotta alle organizzazioni criminali CRESPI, *Aziende di credito e repressione del riciclaggio dei proventi illeciti*, cit., p.1404.

18) Indicative, al riguardo, le pronunce di incostituzionalità per irragionevolezza (sent. C. Cost. n°306/93) e per violazione della presunzione di non colpevolezza (sent. C. Cost. n°48/94) dell'art.12quinquies co.2 del d.l. 8 giugno 1992 n°306 (convertito in l. 7 agosto 1992 n°356).

19) Sulla sentenza n°9 febbraio 1994 (depositata il 17 febbraio 1994) della Corte costituzionale si veda la nota di UCCELLA, *La "rivolta" dei giudici (costituzionali e ordinari) contro una legislazione disinvolta anche nei confronti dei principi invalicabili dell'ordinamento*, in *Riv. pol.* 1994, p.488s.

fatto che la disposizione, ispirandosi a modelli tipici del procedimento di prevenzione, avesse fondato proprio sulla qualità di indagato o imputato il presupposto soggettivo della repressione penale di un dato di fatto - la sproporzione non giustificata tra beni e reddito - che altrimenti non sarebbe stato perseguito, cosicché la persona, indiziata o imputata, ancorché presunta non colpevole, avrebbe dovuto essere, per ciò solo, assoggettata a pena, in rapporto ad una condotta indifferente sotto il profilo dell'illiceità.

In seguito alla sentenza n°48/1994, si è tornati nell'alveo meno innaturale delle misure di prevenzione; infatti l'art.2 della legge 8 agosto 1994 n°501, di modifica della legge 7 agosto 1992 n°356, ha introdotto l'art.12*sexies*, che, in presenza di una notevole sperequazione tra le effettive disponibilità economiche ed il reddito dichiarato o le attività svolte, ha previsto particolari ipotesi di confisca per beni o altre utilità di cui risulti avere la titolarità o la disponibilità chi, già condannato per taluno di una serie di delitti espressamente previsti<sup>20</sup>, non sia in grado di dimostrarne la provenienza lecita.

In questo contesto vanno anche segnalate le norme di cui all'art.12*quater* e 12*quinquies* dell'attuale formulazione della l. n°356/1992. La prima norma prevede due cause di non punibilità: per l'ufficiale di polizia giudiziaria che, in qualità di agente provocatore, ricicla o impiega in attività lecite proventi di gravi reati ovvero compie attività di ricettazione di armi, munizioni, esplosivi<sup>21</sup>. L'art.12*quinquies* punisce, invece, con la reclusione da due a sei anni, l'attribuzione fittizia a terzi della titolarità o della disponibilità di beni, al fine di eludere misure di prevenzione ovvero di agevolare la commissione di delitti di ricettazione, riciclaggio ed impiego di capitali illeciti.

---

20) Il riferimento è ai delitti previsti negli articoli 416*bis*, 629, 630, 644, 644*bis*, 648 esclusa la fattispecie di cui al secondo comma (aggiunta al testo originario del d.l. 246/94 prevista dall'art.2 del d.l. 399/94), 648*bis*, 648*ter*, del codice penale, nonché nell'art.12*quinquies* comma 1, del d.l. 8 giugno 1992 n°306, convertito, con modificazioni, dalla l. 7 agosto 1992 n°356, ovvero per taluno dei delitti previsti dagli articoli 73 esclusa la fattispecie del comma 5 (aggiunta al testo originario del d.l. 246/94 prevista dall'art.2 del d.l. 399/94), e 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, approvato con D.P.R. 9 ottobre 1990 n°309.

21) Cfr. sul tema DE MAGLIE, *Gli "infiltrati" nelle organizzazioni criminali: due ipotesi di impunità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1993, p.1409ss.

2. Volendo sinteticamente ricapitolare, dal punto di vista dei contenuti essenziali, il complesso delle disposizioni che emergono dall'affollata congerie degli interventi legislativi in materia di riciclaggio, secondo le direttive a cui abbiamo fatto finora riferimento, è possibile individuare:

1) dal punto di vista del controllo in materia di raccolta e gestione dell'informazione finanziaria, per finalità di trasparenza, la previsione di alcuni obblighi fondamentali: a) di identificazione di chi operi pagamenti di importo superiore a venti milioni, o di importi inferiori che si ritiene siano parti di un'unica operazione, nonché di registrazione dei dati delle operazioni e di chi effettui le stesse (art.2 l. n°197/1991 che prevede la sanzione penale della multa), da inserire in un archivio dei dati secondo prestabilita modalità di acquisizione e di archiviazione (art.5 n°4 l. n°197/1991 che prevede la pena dell'arresto da sei mesi ad un anno, oltre che l'ammenda per la mancata istituzione dell'archivio); b) di rilevazione delle generalità di chi operi movimentazioni dei mezzi di pagamento (art.2 l. n°197/1991: è disposta dall'art.5 n°4 l. n°197/1991 la pena della multa per chi non ottemperi); c) di segnalazione delle operazioni che si ritiene possano riguardare proventi da attività penalmente illecite (art.3 l. n°197/1991, per la violazione dell'obbligo all'art.5 co.5 è prevista la sanzione amministrativa pecuniaria di un importo sino alla metà del valore dell'operazione).

In questo contesto vanno anche segnalate le limitazioni, a venti milioni, dell'uso del contante e dei titoli al portatore (art.1 l. n°197/1991: dall'art.5 n°1 l. n°197/1991 è disposta la sanzione amministrativa pecuniaria di un importo sino al 40 per cento della somma trasferita) e la disciplina degli intermediari finanziari, con l'istituzione dell'elenco speciale degli intermediari (presidiata da sanzioni penali, artt.6-10 l. n°197/1991).

2) Per quel che concerne la disciplina codicistica dei fatti di riciclaggio, secondo un'impostazione, per così dire, di tipo repressivo tradizionale, essa si articola nella previsione di tre forme di condotta: a) sostituzione di danaro, beni o altre utilità provenienti da delitto, art.648*bis* co.1. prima proposizione, c.p.; b) ostacolo all'identificazione della loro provenienza, art.648*bis* co.1. seconda proposizione c.p.; c) impiego di proventi criminali in attività economiche o finanziarie, art.648*ter* co.1 c.p. Per tutte le ipotesi la pena base è la reclusione da quattro a dodici anni e la multa da due a trenta milioni.

3) Per quanto riguarda, infine, il controllo sul momento finale della concentrazione di ricchezza in capo ad un determinato soggetto "sospetto" dopo la travagliata vicenda dell'art.12*quibus* co.2 l. n°336/1992 è disposta, con l'art.12*sexies*, introdotto definitivamente con l'art.2 d.l. n°399 convertito dalla l. n°501/94, la misura della confisca di danaro o altre utilità

presso soggetti condannati per gravi reati che dichiarino un reddito inferiore al loro valore o svolgano un'attività che non possa giustificare titolarità o disponibilità. Vanno anche segnalate la previsione, sia della specifica ipotesi di trasferimento fraudolento di valori, art. 12<sup>quinquies</sup> L. n°356/1992, per il quale è prevista la pena della reclusione da due a sei anni, che della possibilità di operazioni di sottocopertura da parte di ufficiali di polizia giudiziaria nell'ambito del riciclaggio e della ricettazione di armi, art. 12<sup>quater</sup> L. n°356/1992.

Un cenno va anche fatto alla direttiva CEE 10 giugno 1991 n°308, relativa alla "prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività illecite"<sup>22</sup>. La direttiva a cui gli Stati membri sono stati chiamati a conformarsi entro il 1 gennaio 1993, rappresenta il primo intervento in materia, a livello di Comunità europea<sup>23</sup>. Quattro sembrano i punti qualificanti la direttiva. Innanzitutto, unitamente alla definizione della fattispecie di riciclaggio viene stabilito l'obbligo per gli Stati membri sanzionare tale fattispecie. Viene, quindi, previsto l'obbligo di identificazione degli autori di movimentazioni finanziarie e di registrazione delle operazioni. È stabilito, inoltre, l'obbligo di segnalazione di operazioni sospette e di collaborazione, da parte delle banche e degli intermediari finanziari, con le autorità inquirenti. Per gli enti creditizi e finanziari, infine, è disposto l'obbligo di predisporre adeguati procedimenti di controllo, orientati alla prevenzione ed all'impedimento di operazioni connesse a fatti di riciclaggio. È appena il caso di sottolineare che la legislazione italiana, alla scadenza del 1 gennaio 1993, aveva adempiuto alle indicazioni della direttiva CEE.

Dalla nostra, necessariamente schematica, rassegna delle principali disposizioni in materia di riciclaggio, emerge, al di là del notevole impegno legislativo<sup>24</sup>,

---

22) Sulla direttiva CEE 308/1991 cfr. BARBIERA-CONTENTO, *Lotta al riciclaggio del denaro sporco*, cit., p.412s.; LOMBARDINI, *La lotta contro il riciclaggio: la direttiva europea del 10 giugno 1991 e l'esperienza svizzera*, in *Rass. pen.* 1993, p.2681s.

23) La direttiva CEE si inserisce in una notevole attività di concertazione internazionale iniziata con la raccomandazione del 27 giugno 1980 del Consiglio d'Europa, proseguita con la Dichiarazione dei Principi di Basilea del 1988, la Convenzione delle Nazioni Unite tenutasi a Vienna il 19 dicembre 1988 sulla prevenzione del traffico di stupefacenti e la costituzione nel luglio del 1989 del Gruppo di Azione Finanziaria (GAFI) sul riciclaggio di denaro, fino alla Convenzione di Strasburgo sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato, dell'8 novembre 1990, ratificata in Italia con l. n°328/93.

24) Per un quadro completo della legislazione in materia cfr. AMMIRATI, *Il delitto di riciclaggio nel sistema bancario e finanziario interno e internazionale*, Padova 1994, *Appendice legislativa*, p.89ss.

un quadro non proprio confortante sul complesso normativo che è andato via via stratificandosi.

Si tratta, a nostro avviso, di una normativa che non ha avuto gli esiti applicativi sperati, come può desumersi dalla modesta, sotto il profilo quantitativo, giurisprudenza disponibile<sup>25</sup>.

Gli aspetti problematici della legislazione antiriciclaggio sono molteplici e riguardano, in via di prima approssimazione, l'estrema frammentazione della normativa, che ha conosciuto in un periodo di tempo non lungo una cospicua attività legislativa, con provvedimenti non sempre ben coordinati che sembrano espressione di una logica di tipo emergenziale e non di un razionale e meditato indirizzo di politica criminale<sup>26</sup>. Si tratta, quindi, di definire con chiarezza ambito ed oggetto della tutela penale. Da quest'ordine di problemi discendono, in stretta connessione, problemi di tipo sistematico e dogmatico interpretativo, che, trà l'altro, hanno notevoli riflessi sul piano dell'efficienza. Questa, infatti, dipende dal dato di una normativa caratterizzata da determinatezza, linearità, ragionevolezza, oltre che dalla chiara destinazione alla tutela di beni significativi, ma anche da un'organizzazione delle fattispecie che si concreti in un sottosistema coerente nelle sue articolazioni ed in armonia con altre settori del sistema. Ed anche da questo punto di vista la vigente disciplina in materia di riciclaggio non appare particolarmente felice.

**3. La soluzione dei problemi di tipo sistematico e dogmatico-interpretativo presuppone che siano chiarite questioni di definizione dell'oggetto della tutela a cui il complesso delle disposizioni deve poter, con coerenza, fare affidabile riferimento.**

La normativa posta per contrastare i fenomeni di riciclaggio e di impiego di danaro di provenienza illecita, pur risultando collegata a fattispecie sicuramente caratterizzate da plurioffensività, può essere, a nostro avviso, proficuamente ricondotta, sotto il profilo sistematico, all'ambi-

---

25) Dal 1978 ad oggi in materia di riciclaggio *ex art. 648bis* sono state pubblicate, per la prima versione della norma, nove sentenze; dopo la modifica intervenuta con la l. n°55/90, due sentenze. Non risultano, come già si è accennato, decisioni relative all'*art.648ter*, nè per quel che concerne la versione del 1990 nè per quella del 1993.

26) Cfr. sul tema STORTONI, *Criminalità organizzata e legislazione di emergenza*, in *Dei delitti e delle pene* 1992, 3, p.39ss.

to della tutela del patrimonio. Sempre che di quest'ultimo voglia accogliersi una concezione dinamica, che appare la più adeguata alle esigenze di tutela di un ordinamento espressivo del moderno stato sociale di diritto<sup>27</sup>.

Certamente le condotte di riciclaggio ostacolano una corretta amministrazione della giustizia, come, del resto, è pacifico per i tipi fondamentali di riferimento<sup>28</sup> dati dalla ricettazione e dal favoreggiamento reale: così come possono, tali condotte, turbare lo stesso ordine economico. Va posto, invero, nel debito rilievo il fatto che esse sono in grado di pregiudicare, tra l'altro, la libera concorrenza<sup>29</sup>, dal momento che la possibilità di disporre ed impiegare quantità anche enormi di risorse, ottenute a costi di gran lunga inferiori dei capitali lecitamente acquisiti, apre la strada addirittura ad un controllo monopolistico del mercato.

Ma, a ben vedere, l'ordine economico, più che un bene giuridico, sembra rappresentare una *ratio* di tutela, una serie di finalità per il raggiungimento delle quali si tutelano beni giuridici: o, meglio, si proibiscono condotte che turbano, fino ad impedirle, le corrette manifestazioni di personalità dei titolari di taluni beni, connesse alle specifiche qualità dei beni giuridici visti in funzione.

D'altronde, ad oggetto della tutela penale, per evidenti ragioni di garanzia e di funzionalità del controllo, possono assurgere soltanto beni giuridici e non mere finalità, se non si vuole correre il rischio di sostituire alla tutela di vittime la tutela di funzioni<sup>30</sup>.

In effetti, l'ordine economico, nell'attuale contesto socio-ordinamentale, rappresenta la finalità, basilare senza dubbio, della creazione dei presupposti necessari per un razionale e legittimo svolgimento della vita dei traffici: il corretto funzionamento del sistema economico. Qualcosa di simile, in realtà, sul piano strutturale, all'ordine pubblico ideale<sup>31</sup>; ma, al pari di quest'ultimo, tale concetto non può essere ridotto ad oggetto di tute-

---

27) Sul punto sia consentito il rinvio al nostro, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Padova 1988, p.47ss.

28) V. *infra*.

29) Così FLICK, *Le risposte nazionali al riciclaggio di capitali*, cit., p.1290; ID., *Intermediazione finanziaria, informazione e lotta al riciclaggio*, cit., p.450.

30) Cfr. sull'argomento HASSEMER, *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto materiale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, p.108ss.

31) In proposito si consenta rinviare al nostro, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in corso di stampa, p.9s. del dattiloscritto.

la. Infatti, visto in questi termini, esso appare concettualmente inafferrabile, i suoi limiti sfuggono ad una chiara delimitazione: si tratta, invero, di una *ratio* di tutela e non di un bene.

L'adozione di *rations* come oggetti di tutela penale comporta il grave inconveniente di consentire un avanzamento della tutela fino a forme esasperate di anticipazione, oltre la soglia di tollerabilità per un diritto penale del fatto. In concreto, nella migliore delle ipotesi si vengono a confondere prospettive di danno con prospettive di pericolo con gravi rischi per le garanzie individuali, in quanto la lesione del "bene-*ratio*", può equivalere ad una messa in pericolo soltanto remoto del bene finale in questione.

Ed anche in questo delicato settore che stiamo esaminando, dovrà valere la regola secondo cui, se si ritiene opportuno anticipare di molto la soglia della tutela, si dovrà ricorrere a schemi extrapenalistici d'intervento, di tipo disciplinare, civilistico e/o amministrativo, a seconda dei casi; riservando al diritto penale il controllo della lesione e della messa in pericolo concreto del bene.

Altre caratteristiche delle condotte riferibili, in particolare, alle norme di cui agli artt. 648*bis* e 648*ter* c.p. rendono pienamente adeguato, sotto il profilo sistematico, il loro inserimento nell'ambito dei fatti contro il patrimonio. Non è qui in gioco, ripetiamo, una questione puramente 'estetica', in quanto la coerenza sistematica è un valore che non ha rilievo soltanto sul piano della epistemologia, bensì comporta notevoli incidenze di tipo politico-criminale, relativamente alla tutela delle garanzie individuali ed all'efficienza delle istanze di controllo sociale.

È possibile, infatti, cogliere nelle condotte in esame, da un lato, la perpetuazione di una situazione antigiusdittica sotto il profilo patrimoniale<sup>32</sup>, perché tali condotte - riferibili, come già si è accennato, ai tipi fondamentali del favoreggiamento reale o della ricettazione - mirano a garantire, quanto meno, un'accurata difesa, se non un incremento dei risultati economici di attività criminali.

D'altro canto, risorse, anche molto ingenti, accumulate a costi particolarmente bassi, consentono una capacità di manovra molto più agevole rispetto a chi si serve di capitali lecitamente accumulati, deprimendone le

32) Per una utilizzazione del criterio della 'perpetuazione di una situazione antigiusdittica' quale categoria sistematica nella disciplina, *de lege ferenda*, dei fatti contro il patrimonio, cfr. il nostro, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, cit., pp.134-135.

capacità concorrenziali.

Queste caratteristiche tradiscono, in un certo senso, la natura patrimoniale dell'offesa, una volta che si sia abbandonata una obsoleta concezione di patrimonio. Infatti, al di là del pur significativo aspetto della perpetuazione della situazione antiggiuridica, che già di per sé giustificherebbe la collocazione della norma nell'ambito della materia patrimoniale, è il pregiudizio alla libera iniziativa che ha un'evidente e pregnante dimensione economico-patrimoniale. Attraverso la concorrenza sleale, invero, è proprio la potenzialità economica di un soggetto che viene concretamente diminuita, se non, in casi estremi, distrutta.

Un'accezione moderna di patrimonio può, dunque, fornire un affidabile oggetto giuridico categoriale in questo settore, relativo alla tutela del libero mercato e della trasparenza.

La funzionalità, di principio, del bene giuridico alla realizzazione di esigenze di tutela di libertà e personalità dell'individuo, nel quadro del rispetto di esigenze superindividuali, orienta la ricostruzione del bene patrimonio nel senso di un'accentuazione della componente personale. Ciò significa che il bene non va considerato nella sua posizione statica, quanto, piuttosto, nel suo rapporto, in termini di interesse, con la persona. Più specificamente, il bene va visto in una prospettiva di funzionalità alla finalità basilare di sviluppo della personalità<sup>33</sup>. Il concetto di fondo consiste nell'individuazione, tra gli obiettivi del diritto penale, del compito di garantire al soggetto la possibilità di esprimere la personalità nella società. Per raggiungere tale obiettivo, è indispensabile assicurare all'individuo anche uno spazio di azione in un ambito, *lato sensu*, economico<sup>34</sup>. Il patrimonio diviene, allora, il complesso dei beni materiali ed immateriali, e dei rapporti, utili ai fini dello sviluppo della persona, che presentino un contenuto economico: la potenzialità economica del soggetto, che si basa sul suo potere di signoria su beni e rapporti, ai quali la società riconosce valore

---

33) Cfr. M. MARX, *Zur Definition des Begriffs "Rechtsgut"*, *Prolegomena einer materialen Verbrechenlehre*, Köln 1972, p.62ss., e, più recentemente, HASSEMER, *Grundlinien einer personalen Rechtsgutstheorie*, in AA VV, *Jenseits des Funktionalismus. Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag*, a cura di H. SCHOLLER e L. PHILIPPS, Heidelberg 1989, p.94ss.

34) Cfr. RUDOLPHI, *Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs*, in *Festschrift für R. M. Honig*, Göttingen 1970, p.164.

economico di scambio<sup>35</sup>, ed esige un campo d'azione garantito dal rispetto delle regole in un quadro di legalità.

Il patrimonio appare, dunque, come una unità strutturata secondo le finalità della persona e la sua tutela non mira tanto ad assicurare l'integrità di un astratto valore in danaro, ma a difendere il bene nella sua conformazione individualizzata contro ingiustificate aggressioni o diminuzioni ed a consentire una corretta esplicazione delle singole potenzialità. Di conseguenza, l'offesa patrimoniale coincide con ogni limitazione della potenzialità economica del soggetto, che si verifica ogni qual volta vi sia un ostacolo, *contra jus*, o una deviazione del potere di disposizione del soggetto sui mezzi economici, con pregiudizio degli obiettivi perseguiti dal titolare.

La concezione personale fa emergere rinnovate esigenze di tutela. Essa evidenzia, infatti, una struttura di portata sicuramente più ampia rispetto alle concezioni tradizionali, nell'ambito delle quali tale bene giuridico era considerato come la mera somma di diritti o di valori esclusivamente obiettivo-economici<sup>36</sup>. Ciò ha determinato un mutamento nelle esigenze di tutela, che può spingere anche in una direzione opposta a quella della contrazione dell'intervento penale, tipica di una politica criminale orientata ai valori dello stato sociale di diritto.

I concetti di proprietà e di patrimonio, com'è noto, hanno subito una notevole evoluzione, se rapportati alle corrispondenti idee di riferimento sulle quali il legislatore del 1930 costruì il sistema dei reati contro il patrimonio. Ad una società fondamentalmente agricola ed artigianale non poteva non corrispondere un assetto normativo dei reati contro il patrimonio che avesse prevalentemente il compito di tenere distinte nettamente e, quindi, tutelare, masse patrimoniali statiche, privilegiando la mera proprietà di cose. L'attuale sviluppo socio-economico ha reso evidenti i limiti di questa prospettiva, incapace di offrire un'adeguata risposta nei confronti di nuove manifestazioni criminali, tipiche di una società post-industriale.

E' apparsa, allora, indispensabile, tra l'altro, una maggiore attenzione nei confronti della capacità di produzione di reddito rispetto alla mera proprietà di cose<sup>37</sup>. Pertanto, se si considera il patrimonio in termini perso-

35) Sul punto v. il nostro, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, cit., p.62ss.

36) Cfr. OTTO, *Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes*, Berlin 1970, p.62ss.

37) Come già da lungo tempo è stato posto in risalto, cfr. SCHLESKY, *Die Bedeutung des Berufes in der modernen Gesellschaft*, in *Unser Verhältnis zur Arbeit*, Stuttgart 1960, p.33ss.; LAMPE, *Rechtsanthropologie*, vol. I, Berlin 1970, p.271ss.

nali, come unità strutturata secondo le esigenze del titolare e funzionale alla legittima realizzazione delle finalità che questi si propone, tale concetto può essere proficuamente utilizzato in relazione a fatti che alterano le condizioni per l'esercizio di funzioni di creazione e di intermediazione della ricchezza, non consentendo l'equilibrio del mercato e, quindi, turbano il regolare svolgimento dei rapporti economici. Il danno, in questi casi, può essere, realisticamente, visto nel fatto di recare pregiudizio, frapponendo ostacoli illeciti, all'esercizio della funzione economica; così come si verifica, con danni anche macroscopici, ma non qualitativamente diversi, in seguito a condotte di riciclaggio. E ciò impone, oltre alla previsione di norme di mera repressione di tipo codicistico, anche la predisposizione di un articolato reticolo normativo, razionalmente organizzato, non necessariamente affidata, nella sua integralità, al diritto penale, al fine di consentire un'efficace azione di tutela anticipata.

4. Come si accennava in precedenza, dall'assetto della normativa vigente derivano non poche questioni attinenti alla definizione dell'ambito applicativo delle varie fattispecie. Va subito detto che l'adozione di una tecnica di normazione piuttosto approssimativa ha dato vita ad un quadro normativo in cui sono presenti i rischi di disfunzionali sovrapposizioni di norme, con possibilità di poco ragionevoli ipotesi di concorso di norme e di reati, legate alla presenza, ma, come vedremo, anche all'assenza di talune clausole di riserva.

Le norme a cui facciamo riferimento sono date, da una parte, dall'art.379 c.p., che disciplina il favoreggiamento reale, nonché dall'art.648 c.p., relativo alla ricettazione, e, dall'altra, dalle due norme relative a riciclaggio e ad impiego di capitali illeciti, artt 648*bis* e 648*ter* c.p.<sup>38</sup>.

Sul piano fenomenologico le ipotesi di riciclaggio e di impiego di capitali illeciti rappresentano delle ipotesi speciali di favoreggiamento reale e di ricettazione, a seconda che sia presente o meno, il fine di trarre profitto dall'attività di obiettivo ausilio all'autore del reato presupposto. Il rap-

---

38) Sui problemi interpretativi connessi a tali norme, sia pur nella versione del 1990, si vedano le osservazioni, non convergenti, rispettivamente di COLOMBO, *Il riciclaggio*, cit., p.123ss.; e di G. PECORELLA, *Circolazione del danaro e riciclaggio*, cit., p.1237ss. Sul tema cfr. anche AZZALI, *Diritto penale dell'offesa e riciclaggio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1993, p.331ss.

porto di specialità era ancora più evidente in relazione alle figure di riciclaggio, via via sostituite: infatti, sia l'ipotesi introdotta nel 1978 che quelle derivanti dalla riforma del 1990, presentavano la caratteristica del collegamento a reati presupposto 'nominati'; l'ipotesi originaria di riciclaggio, inoltre, si caratterizzava per l'accentuata anticipazione della tutela, trattandosi di un reato a consumazione anticipata.

A ciò si aggiunga che, rispetto alla ricettazione, le fattispecie di riciclaggio presentano la caratteristica del reingresso dei proventi del reato presupposto nel patrimonio dell'autore di quest'ultimo, laddove il fatto di ricettazione si caratterizza proprio per la fuoriuscita dei beni, derivanti dal reato presupposto, dal patrimonio dell'autore.

Con la riforma del 1993, che ha esteso a qualsiasi delitto il collegamento, in veste di presupposto, con le fattispecie di riciclaggio, la specialità consiste esclusivamente nel fatto che, tra le possibili modalità di favoreggiamento o di ricettazione, ne sono state espressamente previste alcune che, per essere espressive di particolare disvalore sociale, in ordine alla tipologia dei soggetti che ad esse normalmente ricorrono ed in ordine alle ingenti quantità monetarie che vengono movimentate, sono state previste in forma autonoma e più severamente sanzionate.

E' possibile, dunque, ipotizzare per le condotte di riciclaggio il requisito minimo dell'aiuto all'autore del reato presupposto, tramite la ricezione dei proventi illeciti, comune a talune condotte riferibili alla fattispecie di favoreggiamento reale, di cui all'art.379 c.p. Se la ricezione si verifica per il fine di trarre profitto da tale attività, si realizza un fatto rapportabile al tipo della ricettazione, di cui all'art.648 c.p.

Man mano che la ricezione si arricchisce di elementi ulteriori, sotto il profilo delle modalità e delle finalità dell'azione, ci avviciniamo alle condotte di riciclaggio e di impiego di capitali illeciti, di cui agli artt.648*bis* e 648*ter* c.p. Infatti, se dopo la ricezione ci si attiva per sostituire od occultare denaro, beni o altre utilità provenienti da delitti, si compie l'ipotesi di riciclaggio, di cui all'art.648*bis* c.p.; se, invece, i proventi delittuosi li si impiega in attività economiche o finanziarie, si realizza la fattispecie di impiego di denaro, beni ed altre utilità di provenienza illecita, di cui all'art.648*ter* c.p.

Sul piano della concreta applicazione della disciplina vigente, le cose, però, non stanno nei termini descritti. Ed infatti, mentre la norma sul favoreggiamento reale, molto opportunamente, contiene una clausola di riserva a favore delle norme su ricettazione, riciclaggio ed impiego di capitali illeciti, art.379 co.1, prima proposizione, c.p.; la disposizione sulla ricettazione, art.648 c.p., non ne contiene alcuna, né a favore di quella sul

riciclaggio, né di quella sull'impiego di capitali illeciti. Anzi, le cose si complicano, in quanto quest'ultima norma, l'art.648<sup>ter</sup> co.1, prima proposizione, codice penale, contiene essa, a sua volta, una strana clausola di esclusione, che fa prevalere le disposizioni di cui agli artt.648 e 648<sup>bis</sup> c.p., nei confronti delle proprie disposizioni.

In base a questo ingarbugliato quadro normativo, all'atto pratico, per una stessa condotta, implicita alle fattispecie di riciclaggio - la ricezione di danaro *etc.* dovrebbe risultare la non punibilità, per il favoreggiamento, in base alla clausola contenuta nell'art.379 c.p., se essa non si è verificata a scopo di profitto; viceversa, in mancanza della clausola di riserva all'interno della norma sulla ricettazione, la condotta di ricezione, se accompagnata dalla finalità di trarre profitto, risulterà punibile a titolo di ricettazione e, a seconda dei casi, in concorso, anche a titolo di riciclaggio. E ciò non sembra molto ragionevole<sup>39</sup>.

Per quel che concerne, poi, le norme di cui all'art.648<sup>ter</sup> c.p., al di là di forzature interpretative, sicuramente mosse dal lodevole intento di aprire un qualche minimo spazio di operatività alla disposizione<sup>40</sup>, la lettera della norma rende configurabile la fattispecie di impiego di capitali illeciti soltanto "fuori dei casi di concorso nel reato e dei casi previsti dagli artt.648 e 648<sup>bis</sup> c.p.". Pertanto, la realtà è data dal fatto che, rispetto alla fattispecie di cui all'art.648<sup>ter</sup> c.p., sono destinate sempre a prevalere sia la ricettazione che il riciclaggio: infatti, ai fini dell'impiego di capitali illeciti, a parte una poco probabile ricezione di danaro, non ancora riciclato, senza finalità di profitto<sup>41</sup> -in questo caso, in virtù della clausola contenuta nell'art.379 c.p., si avrebbe la naturale prevalenza delle disposizioni dell'art.648<sup>ter</sup> c.p.- nel caso, normale, in cui sia presente la finalità di profitto, si dovrebbe applicare l'art.648 c.p., che prevede sanzioni meno severe di quelle previste dall'art. 648<sup>ter</sup> c.p. Se, invece, la condotta precedente è di riciclaggio - qui non importa più se a fine di profitto o meno, data l'autonomia dell'art.648<sup>bis</sup> c.p.- si applicherebbe, comunque, quest'ultima norma, che,

39) Cfr. in proposito G. PECORELLA, *Circolazione del denaro e riciclaggio*, cit., p.1238.

40) Cfr. sul punto FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro il patrimonio*, Bologna 1992, p.193ss.

41) Cfr. SPAGNOLO, *Breve commento alle "Nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di manifestazione di pericolosità sociale"* (legge n°35/1990), in *Riv. trim. dir. pen. econ.* 1990, p.704.

se sul piano delle sanzioni presenta il medesimo rigore della norma sull'impiego di capitali illeciti, in ogni caso, a causa della sua ingiustificata prevalenza, ne restringe l'ambito di applicabilità, accentuandone il carattere meramente simbolico.

Una razionalizzazione di questo quadro normativo imporrebbe una migliore coordinazione delle varie fattispecie. Va subito detto che questo passo non ci sembra affatto decisivo ai fini di un superamento di quel carattere di 'simbolicità' che contrassegna tale settore: verosimilmente, è su altri tavoli che si gioca la partita decisiva dell'effettività. Sta, comunque, di fatto che una normativa così farraginosa e contraddittoria ha ben poche speranze di incidere nella realtà effettuale. E queste considerazioni valgono anche, e forse ancor più, per quel che concerne la normativa antiriciclaggio che abbiamo definito di tipo 'preventivo', attinente, cioè, al controllo dei flussi finanziari: in rapporto ad essa pure si dovrà procedere ad un'opera di semplificazione e di razionalizzazione.

Riprendendo il discorso sulla disciplina codicistica, a noi sembra che, in una prospettiva *de lege ferenda*, le fattispecie qui considerate, inclusa, quindi, quella relativa al favoreggiamento reale, andrebbero sistemate - unitamente a quella di incauto acquisto - nell'ambito di un titolo dedicato ai reati contro il patrimonio, all'interno di un capo che contenga ipotesi di perpetuazione di una situazione antiggiuridica<sup>42</sup>, sia nel senso dell'aggravamento del danno per il titolare del bene oggetto del reato presupposto, che nel senso del vantaggio patrimoniale illecito, ulteriore rispetto a quello già derivante dalla commissione del reato presupposto. Queste peculiarità, pur in presenza di una più o meno accentuata plurioffensività delle fattispecie considerate, rendono più appropriata la loro collocazione nella sede dei fatti contro il patrimonio.

Utilizzando la figura della progressione criminosa - a cui far corrispondere una progressione anche nel rigore del regime sanzionatorio -, si potrebbe ipotizzare questo schema di disciplina: a) la condotta di semplice aiuto per assicurare il profitto o il prezzo del reato, senza altra specificazione modale, integra l'ipotesi del favoreggiamento reale e, così come attualmente prevede l'art.379 c.p., la disposizione dovrebbe contenere una clausola di esclusione a favore delle ipotesi ora disciplinate dagli artt.648, 648bis

---

42) Così anche MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro il patrimonio*, Padova 1989, p.12.

e 648ter c.p.): b) la condotta di ricezione del danaro e delle cose provenienti da delitto, accompagnata dalla finalità di trarre profitto, con conseguente arricchimento del soggetto agente ed incentivazione alla commissione di ulteriori reati presupposto, dà vita alla figura della ricettazione; anche per questa ipotesi la disciplina dovrebbe prevedere una clausola di riserva, relativa alle ipotesi di riciclaggio e di impiego di capitali illeciti; c) la condotta di chi, avendo ricevuto danaro o altra utilità di provenienza delittuosa, con o senza fine di profitto, proceda alla loro sostituzione o trasferimento, ovvero ne ostacoli l'identificazione, in vista, comunque, di un ritorno di tali beni 'ripuliti' all'autore del reato presupposto, realizza l'ipotesi di riciclaggio; anche in questo caso dovrebbe essere prevista una clausola di riserva a favore dell'impiego di capitali illeciti; d) infine, la condotta, successiva, dell'impiego di danaro, beni o utilità di provenienza illecita, che più dello stesso riciclaggio, si connota di effetti di particolare gravità sotto il profilo della dannosità sociale, parte pur sempre dalla ricezione dei beni; questa, tuttavia, perde la caratteristica della centralità, per essere assorbita nella complessità delle modalità ulteriori di realizzazione della fattispecie, che conferiscono un notevole grado di disvalore al fatto. Questa figura si porrebbe all'apice della progressione: rispetto alla disposizione attualmente in vigore, la norma dovrebbe caratterizzarsi per la previsione di un trattamento sanzionatorio più severo di quello disposto per tutte le altre ipotesi di reato sin qui considerate, compreso, quindi, il riciclaggio; essa non dovrebbe contenere alcuna clausola di riserva a favore di altre figure -così come, invece, si verifica ora secondo la disciplina di cui all'art. 648ter c.p.-, tranne, ovviamente, quella relativa all'ipotesi di concorso nel reato.

5. Non proprio soddisfacente, come già si è accennato, appare anche lo stato della normativa che si occupa dell'aspetto 'preventivo' del riciclaggio. In effetti, la materia della limitazione e del controllo della circolazione del danaro è stata oggetto di una attività legislativa, a dir poco, caotica: tra leggi che si sono susseguite a ritmi serrati ed una non meno serrata attività di decretazione, con mancate conversioni o ripetizioni<sup>43</sup>, il

43) Si pensi, ad esempio, alla l. n°197/1991 che ha convertito, con modifiche, il d.l. n°143 del 1991, a sua volta preceduto dai dd. ll. n°2 del 1991 e 72 del 1991, ovvero alla l. 8 agosto 1994 n°501, che ha convertito in legge il d.l. n°399/94 al termine di un iter di mancata conversione dei dd. ll. n°123 e n°246 del 1994, successivi alla sentenza della C. Costituzionale n°48/94.

complesso delle disposizioni non presenta affidabili caratteristiche di equilibrio: l'approssimativa tecnica di normazione adottata crea non pochi problemi, a cominciare da quelli di ordine interpretativo.

Per condotte di non dissimile disvalore si è proceduto talvolta utilizzando l'illecito amministrativo, art.5 co.1, 2, 3 e 7 l. n°197/1991, talaltra l'illecito penale, sempre di tipo bagattellare, art.5 co.4, 5, e 6 l. n°197/1991; è noto che esigenze di ragionevolezza e funzionalità della normativa impongono, per ogni settore, una disciplina equilibrata, armonica, sempre rispettosa delle regole di proporzione. Ma è sotto il profilo della chiarezza, dell'agevole utilizzabilità dello strumentario normativo, che la situazione è, forse, ancora peggiore: le disposizioni risultano disperse in una nutrita serie di provvedimenti legislativi, sovente più volte modificati o integrati da successivi provvedimenti.

A noi sembra, tuttavia, che la normativa italiana abbia individuato una serie di obblighi finalizzati all'efficienza del controllo, che, in via teorica, rappresentano delle soluzioni abbastanza affidabili sotto il profilo della predisposizione di misure di tipo organizzativo-amministrativo tendenti ad assicurare la trasparenza delle attività economiche e finanziarie, da presidiare in via tendenzialmente extrapenale. Infatti, dei vari, molteplici obblighi posti nel corso del tempo in capo ad operatori in materia di raccolta e gestione dell'informazione finanziaria, il solo obbligo di segnalazione di operazioni 'sospette' potrebbe costituire, proficuamente, oggetto di una disposizione penale, costruendo intorno alla sua violazione anche una fattispecie da inserire nel codice penale, con una norma di chiusura della disciplina codicistica antiriciclaggio.

Si dovrebbe, quindi, ipotizzare, da un lato, una posizione di garanzia, da parte dell'operatore bancario e dell'intermediario finanziario, fondata su particolari requisiti di professionalità ed onorabilità; ma ciò esigerebbe anche un'opera attiva di vigilanza da parte della pubblica autorità, che va oltre la mera istituzione dell'elenco degli intermediari finanziari. D'altro canto, appare altrettanto indispensabile la predisposizione da parte del sistema bancario e finanziario di una serie di prescrizioni ben determinate a cui si dovrebbe far riferimento per poter, affidabilmente, riconoscere le operazioni da segnalare: il che non significa la certezza della provenienza illecita, ma il fondato sospetto su di essa.

Viene qui in evidenza lo schema del reato d'obbligo<sup>44</sup>, fondato, com'è

44) Cfr. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft* (1963), 4ª ed., Berlin - New York 1984, p.352ss.; ID., *Politica criminale e sistema del diritto penale* (1970), trad. it. Napoli 1986, p.42ss.

noto, sulle prestazioni connesse al ruolo sociale assunto dal soggetto. Si tratta della funzionalità di settori della vita di relazione che hanno, o necessitano, di una configurazione giuridica. Dal punto di vista del diritto penale, il problema maggiore delle fattispecie d'obbligo riguarda il profilo della legalità, e cioè la determinazione tassativa dei doveri fissati per gli interessati al di fuori della normativa penale. Se tale determinazione è praticabile e si verifica nella normativa ove vengono espressamente disciplinati gli obblighi, il principio di legalità risulterà rispettato e, sotto il profilo dell'efficienza, il soggetto sarà posto nella condizione di adempiere agevolmente ai propri uffici.

Si tratta, dunque, di predisporre una razionale e precisa normativa extrapenale<sup>45</sup>, di rinvio e, contestualmente, di responsabilizzare i soggetti, intranei al sistema bancario e finanziario, nella gestione delle informazioni, trattandosi di un settore in cui costoro, probabilmente, sono in grado di percepire l'illiceità di una situazione più tempestivamente e più chiaramente di quanto non possano le stesse autorità giudiziaria e di polizia.

Ciò significa che, al di fuori dell'attività di segnalazione, le altre, di identificazione, registrazione, rilevazione, archiviazione informatica e così via, tutte di indubbia significatività per il controllo delle transazioni e, quindi, per finalità di trasparenza, dovrebbero, in via di principio, essere affidate ad istanze di controllo interne al sistema bancario e finanziario, ovvero fare riferimento allo schema illecito-sanzione amministrativa.

Sicuramente il controllo extrapenale presenta vantaggi di non poco momento dal punto di vista dell'efficienza, in quanto, da un lato, eviterebbe l'attivazione di strumenti di estremo rigore, ma di efficacia reale attenuata, dati il numero enorme di soggetti e condotte da prendere in considerazione e, dall'altro, si inserirebbe in un contesto di organizzazione del lavoro, che può conoscere anche sanzioni temibili<sup>46</sup>, senza dover costringere, nel caso di infrazioni, ad una poco probabile attivazione dell'intervento penale, comunque sempre problematica, nei confronti di un soggetto del quale si è, in ultima analisi, collega. Anche in questo settore, dunque, va sperimentata una politica criminale razionale, tendente alla riduzione delle fattispecie e

---

45) Cfr. in proposito le lucide considerazioni svolte da COLOMBO, *Il riciclaggio*, cit., p.3ss.

46) Sul tema ci sia consentito il rinvio al nostro, *Giustizia aziendale e stato sociale di diritto: prospettive di politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1986, p.230ss.

non alla loro mera proliferazione -secondo logiche emergenziali - avendo a cuore la loro effettività. Il rischio è quello, consueto, del velleitarismo della lotta solo 'simbolica'.

A queste, sin qui svolte, vanno aggiunte ulteriori considerazioni, che trascendono l'aspetto, pur estremamente significativo, della disciplina del diritto interno, per riguardare l'aspetto, che a noi sembra decisivo, della cooperazione internazionale in materia<sup>47</sup>. Se, infatti, è indubbio che il controllo sulla circolazione del danaro e, più in generale, la trasparenza delle attività economiche e finanziarie rappresentano il rimedio più efficace contro il riciclaggio, è altrettanto indubbio che un'attività di controllo capillare, effettuata all'interno di un solo paese, finirebbe con lo scoraggiare, pure per ragioni di controllo fiscale, tutti gli operatori, anche quelli corretti, quindi, e non solo i riciclatori, a favore di altri paesi che offrissero servizi meno burocratizzati, di conseguenza più efficienti e, in definitiva, meno costosi. Appare chiaro, allora, che un'azione di tipo preventivo contro il riciclaggio ha un senso soltanto se è espressione di un'effettiva concertazione internazionale; in questa direzione, sia pur per un ambito che va necessariamente ampliato, principalmente con la Convenzione di Strasburgo dell'8 novembre 1990 e con la Direttiva CEE 10 giugno 1991 n°308, si è cominciato a ben operare. Va da sé che quanto maggiore sia il numero dei paesi che adottino questo tipo di provvedimenti e, soprattutto, realmente cooperino sul piano dell'assistenza giudiziaria tanto maggiori saranno le possibilità di combattere con successo le attività di riciclaggio e, quindi, la stessa criminalità organizzata.

---

47) Sul tema, per tutti, cfr. GROSSO, *Frode fiscale e riciclaggio: nodi centrali di politica criminale nella prospettiva comunitaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1992, p.1277ss.

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 comunità<sup>1</sup>, 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 moderna<sup>2</sup>. 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 neanche 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 Prof. 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 economico<sup>3</sup>; 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"<sup>4</sup>.

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 capitali<sup>5</sup>. 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 Paesi<sup>6</sup>.

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 vantaggi<sup>7</sup>. 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 Rauschgift Handels 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 internazionali<sup>8</sup>, 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'approfittamento di effetti di "reati contro i beni", che non ricorre nel traffico di stupefacenti e che raramente si realizza in altre manifestazioni del riciclaggio<sup>9</sup>. 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 impunito, per mancanza di tipicità, condotte rilevanti (come ad esempio la ricettazione a catena)<sup>10</sup>. 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, *Limites 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 riciclaggio<sup>11</sup>.

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 ricettazione<sup>12</sup>. 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"<sup>13</sup>.

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 evidenza<sup>14</sup>.

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 patrimonio<sup>15</sup>, 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 pubblica<sup>16</sup>, 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 giustizia<sup>17</sup>; 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 AGUIADO, *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<sup>18</sup>. 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 propria<sup>19</sup>.

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 disponibilità<sup>20</sup>. 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 ricettazione<sup>21</sup>.

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 violazione<sup>22</sup>. 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 reato<sup>23</sup>. 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 ricorrerebbe<sup>24</sup>. 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 dottrina<sup>25</sup>. Sebbene la ricettazione a catena si consideri punibile in base all'art.546bis a)<sup>26</sup>, 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 specifica<sup>27</sup>. 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.436. 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 fondi<sup>28</sup>.

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 occultato<sup>29</sup>; ciò comporta che, in alcuni casi, si possa imporre una pena superiore a quella prevista per le fattispecie-base che fungono da reati-presupposto<sup>30</sup>.

**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 fattispecie<sup>31</sup>.

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.546*bis 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 riforma<sup>32</sup>.

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.344*bis 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"<sup>33</sup>.

La riforma è stata definita in forma grafica, a ragione, come una "colonizzazione giuridica"<sup>34</sup> che ci pone davanti ad alcune norme ripetitive e carenti dal punto di vista tecnico<sup>35</sup>.

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'Europa<sup>36</sup>. Le ripercussioni che una norma con queste caratteristiche ha, in materia di vincibilità dell'errore, per gli operatori degli enti creditizi risultano di tutta evidenza<sup>37</sup>.

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, en 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.

giamento<sup>38</sup>. In questo senso, all'interno dell'articolo 344*bis h*) la fattispecie-base sembra costituita dal n°2, in cui si punisce chi "oculta 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"<sup>39</sup>. 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...")<sup>40</sup>.

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 beni<sup>41</sup>. Tuttavia, come ha evidenziato Queralt Jiménez, la fattispecie non esige in alcun modo un approfittamento, il che rende difficile la sua collocazione sistematica<sup>42</sup>.

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 stupefacenti<sup>43</sup>.

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 riforma<sup>44</sup>. 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 occultamento<sup>45</sup>. 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)<sup>46</sup>. 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 beneficiano 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 fundamentalmente 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 imperativo<sup>47</sup>. 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 Costituzione<sup>48</sup>; 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 ed 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 procedimentali, 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 bancario<sup>49</sup>, si comprendono facilmente le difficoltà che nella pratica si incontrano nel cercare di far fronte a questo tipo di condotte<sup>50</sup>.

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 socioeconomico<sup>51</sup>, 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 causa<sup>52</sup>, non mancando, come si è visto, riferimenti all'amministrazione della giustizia<sup>53</sup>.

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"<sup>54</sup>. 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'economia<sup>55</sup>. 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 persone<sup>56</sup>, e che, inoltre, per l'ordine giuridico economico risulta più funzionale che circolino capitali puliti che non danaro sporco<sup>57</sup>. 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 FARRIA 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 polímicriminales*, 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 controllato<sup>58</sup>. 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 criminosi<sup>59</sup>, 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 socioeconomici<sup>60</sup> 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 lecite<sup>61</sup>. 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, giacché 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 globale<sup>62</sup>. 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 lecita<sup>63</sup>. 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 lecita<sup>64</sup>. 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 perseguire 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*, Gludbeck-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 stessi<sup>65</sup>.

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. 546*bis 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 anti-giuridica che il reato-presupposto ha prodotto<sup>66</sup>. 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. spagnolo<sup>67</sup>. Analogamente si potrebbe argomentare in relazione alle fattispecie contenute negli articoli 344*bis 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 socio-economici 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'approfitamento<sup>68</sup>. Ma questa teoria, come ha segnalato la dottrina tedesca, orienta la ricettazione verso il delitto d'auto-re, sanzionando una condotta di vita immorale, il che è incompatibile con un diritto penale che tutela beni giuridici<sup>69</sup>.

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 reato<sup>70</sup>.

c) la posizione che fa riferimento all'amministrazione della giustizia<sup>71</sup> 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 reato<sup>72</sup>. L'argomento secondo cui l'applicazione a questi casi della pena per il favoreggiamento sarebbe scarsa o non corrisponderebbe alla gravità di questi fatti<sup>73</sup> 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*<sup>74</sup>, introdotto con la legge del 15 luglio 1992<sup>75</sup>, sia l'amministrazione della giustizia che il bene giuridico leso dal fatto da cui trae causa il riciclaggio<sup>76</sup>. 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 1) 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, nonché

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 continuata 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<sup>a</sup> ed., *Rdn.A.*; HARTUNG, *Geldwäsche*, in *Antw*l 94, pp.440 e 442.

solito si trovano dietro queste condotte<sup>77</sup>. Si tratta, quindi, di creare le condizioni materiali - informazione sui veri responsabili e sull'organizzazione - che permettono di iniziare un processo penale<sup>78</sup>.

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 tutelato<sup>79</sup>. 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 stessi<sup>80</sup>. 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*<sup>81</sup>. 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 facilita<sup>82</sup>.

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 *StV* 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<sup>a</sup> 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 reato<sup>83</sup>. 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»<sup>84</sup>.

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 mafiosi<sup>85</sup>. 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 organizzativo<sup>86</sup>. 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 ipotesi<sup>87</sup>. 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 diritto<sup>88</sup>.

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 penali<sup>89</sup> 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 imprudenti<sup>90</sup>. In questo senso, le necessità preventive adottate 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 discussione<sup>91</sup>. 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 pena<sup>92</sup>. Un'altra questione è quella relativa all'eventuale necessità di ricorrere, in queste ipotesi, all'applicazione di misure di sicurezza.

---

91) V. PRITTWITZ, *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<sup>a</sup>ed., 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 *BrunSFS*, 1978, p.315 e 317; SCHROEDER, *Die Straftaten gegen das Strafrecht*, 1985, pp.9, 28).

WILFRIED BOTTKÉ

OSSERVAZIONI SU TELEOLOGISMO ED EFFETTIVITÀ NELLA  
FATTISPECIE DI RICICLAGGIO\*<sup>1</sup>

---

\*

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 tedesca<sup>2</sup> relativa agli strumenti giuridici<sup>3</sup> della lotta al riciclaggio<sup>4</sup> 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.<sup>5</sup> 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., 199ss.

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.<sup>6</sup> 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 Germania<sup>7</sup> (da due a 150 miliardi di marchi tedeschi) e dei profitti<sup>8</sup> (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.<sup>9</sup>

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 nostra<sup>10</sup> una "legge per la lotta alla criminalità",<sup>11</sup> 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 possiamo 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 1992<sup>12</sup>.

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 organizzata<sup>13</sup>. 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*)"<sup>14</sup>. 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;<sup>15</sup> ha inserito nel codice penale tedesco, accanto a norme incriminatrici dirette contro il furto aggravato commesso da una banda,<sup>16</sup> 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.

banda<sup>17</sup> e contro l'organizzazione di un gioco d'azzardo,<sup>18</sup> commessa professionalmente o in bande, anche una fattispecie penale di "riciclaggio" (§ 261 *StGB*)<sup>19</sup>. Allo stesso tempo ha creato, con la pena patrimoniale, una nuova, vera e propria pena in senso tecnico,<sup>20</sup> 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*, 46ª ed., 1993, § 43 a. *Rdn.* 1 e 2, con ulteriori riferimenti bibliografici.

18) § 284 III *StGB*. Cfr. al riguardo DREHER/TRÖNDLE, *StGB*, 46ª 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 § 244 III 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*), nonché, 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',<sup>21</sup> la legge ha aggiunto<sup>22</sup> 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 consente<sup>23</sup>. 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'<sup>24</sup>. 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 WEIBLAU, *Neue Methoden der Gewinnabschöpfung? - Vermögensrechtliche Beweislastumkehr*, in *StrV* 1991, p.226ss; DEUTSCHER RICHTERBUND, *Bekämpfung der Ranschfigikriminalität*, 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"<sup>25</sup>. 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 direttive<sup>26</sup> internazionali e sovranazionali) di ogni forma<sup>27</sup> 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 officiose 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 *BF-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 qualsiasi<sup>28</sup> reato. Ammesso che sia possibile formulare una fattispecie di riciclaggio sufficientemente determinata e compatibile con altre norme giuridiche,<sup>29</sup> 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.<sup>30</sup> 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 reati<sup>31</sup> e di impedire "l'immissione di oggetti patrimoniali provenienti dalla criminalità organizzata nel circuito finanziario ed economico a scopo di occultamento".<sup>32</sup>

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, nonché di confisca allargata, mezzi per accollare ai riciclatori che avessero commesso il fatto in bande<sup>33</sup> 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"<sup>34</sup>. 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"<sup>35</sup>. 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"<sup>36</sup>.

II. Soltanto la "Legge sulla individuazione di profitti di gravi reati (Legge sul riciclaggio *GwG*)" del 25 ottobre 1993<sup>37</sup> 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 1993<sup>38</sup>. Essa obbliga istituti creditizi e finanziari, nonchè le Poste federali tedesche<sup>39</sup> 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 tedeschi<sup>40</sup>. 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 *ZfB* 1992, p.124ss.; FÜLBER/AEPELSACH, *Das Geldwäschegesetz*, 2<sup>a</sup> 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,<sup>41</sup> la registrazione e la custodia di dati identificativi<sup>42</sup> nonché la denuncia di casi sospetti da parte degli istituti<sup>43</sup>.

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 danaro<sup>44</sup>.

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 generale<sup>45</sup>. 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 qualificata<sup>46</sup>. 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 danaro<sup>47</sup>. 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,<sup>48</sup> una dichiarazione di principio in favore di una cosiddetta 'economia di mercato controllata'<sup>49</sup>. Il diritto primario dell'Unione Europea è in sintonia con tale dichiarazione<sup>50</sup>. 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 *BGBI.* 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 *BGBI.* 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,<sup>51</sup> 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 ricentrino 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 grave<sup>52</sup>. 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, nonché 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"<sup>53</sup>.

d) Il sistema finanziario, come l'economia,<sup>54</sup> è un sistema autorferenziale. 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 tedesche<sup>55</sup> "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*)<sup>56</sup>. 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 criminalità<sup>57</sup> 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 penale<sup>58</sup>. 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,<sup>59</sup> 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.<sup>60</sup> 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"<sup>61</sup>. Quali misure di tal genere, il "progetto di una legge di modifica del codice penale, del codice di procedura penale e di altre leggi",<sup>62</sup> 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"<sup>63</sup>. 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 *StV* 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.<sup>64</sup> 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. È facile prevedere che le norme contro il riciclaggio avranno anche in futuro, come è avvenuto in passato, scarsa efficacia.

---

<sup>64</sup> 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.

PAOLO BERNASCONI

LA CONFISCA E LA PUNIBILITÀ DEL RICICLAGGIO DEL  
PROVENTO DELLA CORRUZIONE DI PUBBLICI FUNZIONARI.



*Sommario: 1. LA CORRUZIONE DI PUBBLICI FUNZIONARI: CRITERI PER UNA DEFINIZIONE. 2. STRUMENTI GIURIDICI NAZIONALI E INTERNAZIONALI CONTRO LA CORRUZIONE. 3. L'INVESTIGAZIONE BANCARIA RELATIVA AL PROVENTO DI REATI. 4. LA COOPERAZIONE SPONTANEA DEGLI ISTITUTI BANCARI E FINANZIARI. 5. LE INDAGINI DI CARATTERE INTERNAZIONALE. 6. LA CONFISCA DEI BENI SECONDO IL DIRITTO NAZIONALE. 7. L'ASSISTENZA INTERNAZIONALE PER LA CONFISCA DEL PROVENTO DI REATO. 8. LA PUNIBILITÀ DEL RICICLAGGIO DEL PROVENTO DELLA CORRUZIONE. 9. LA CORRUZIONE DI FUNZIONARI STRANIERI: INIZIATIVE RECENTI.*

*Annessi: I. PROPOSTE DI NUOVE NORME ANTI-CORRUZIONE. II. DICHIARAZIONI NELL'AMBITO DELLE NAZIONI UNITE. III. COMUNICATO-STAMPA DI MAGISTRATI EUROPEI DATATO 9/9/1994.*

Per tenere conto del quadro generale del Seminario, questa analisi ha dovuto essere limitata almeno da due punti di vista: anzitutto, si tratta di un'analisi esclusivamente di diritto penale, mentre è oggi sempre più manifesto che il fenomeno della corruzione va esaminato anche dal punto di vista politico, economico, sociale e culturale e, pertanto, i mezzi per combattere quella che è stata definita la "peste della bustarella" ("*die Pest des Schmierens*") non sono esclusivamente giuridici e, in ogni caso, non esclusivamente di diritto penale, bensì almeno anche di diritto amministrativo, di diritto civile e di diritto fiscale; in secondo luogo, ci si è concentrati esclusivamente su due strumenti di diritto penale - la confisca e la punibilità del riciclaggio - pur continuando a sottolineare che è indispensabile anche un riesame quanto all'efficacia e all'idoneità di altri strumenti di diritto penale sia materiale che procedurale.

D'altra parte, è notorio come il fenomeno della corruzione abbia molto spesso caratteristiche internazionali, tanto più quanto maggiori sono i valori patrimoniali in gioco. Pertanto, non ci si può soffermare esclusivamente sugli strumenti di carattere nazionale, dovendo essere esaminati anche quelli di carattere internazionale. Ciò a cui si procede senza però giungere ad un'analisi di diritto comparato che, manifestamente, travalicerebbe i limiti di quella che oggi vuole essere soltanto una comunicazione.

I riferimenti al sistema giuridico svizzero sono ovviamente dovuti

al fatto che l'Autore operi professionalmente in quel paese, ma non sono certo inutili in considerazione del numero elevato di domande di assistenza giudiziaria che vengono indirizzate dall'estero alle autorità giudiziarie svizzere.

### **1. La corruzione di pubblici funzionari: criteri per una definizione.**

Poiché in questa analisi deliberatamente si prescinde dall'esame della tematica secondo il sistema giuridico di un determinato paese, è necessario premettere quale sia il significato del termine di corruzione. Sono da escludere, per evitare disquisizioni troppo complicate, quelle definizioni, frutto di recenti revisioni o proposte legislative, come è il caso della Francia e della Spagna, che estendono il concetto di corruzione penalmente punibile sino a comprendere anche il cosiddetto "traffico di influenze". Per semplicità e per praticità di comprensione, nella presente analisi vengono utilizzati i criteri espressi dai rapporti annuali preliminari alla recente Raccomandazione dell'OCSE per combattere la corruzione nelle transazioni commerciali internazionali. E comunque, per semplificare, si fa, riferimento alla casistica in cui il pubblico funzionario ha violato i propri doveri di servizio ricevendo in controprestazione una somma di denaro oppure altri valori patrimoniali.

### **2. Strumenti giuridici nazionali e internazionali contro la corruzione.**

La comunità internazionale si è già occupata decenni orsono della necessità di istituire strumenti di diritto penale per combattere la corruzione.<sup>1</sup>

Finora però non si è andati oltre alle raccomandazioni non vincolanti oppure ai codici di condotta adottati da associazioni internazionali di

---

1) La risoluzione delle Nazioni Unite del 15/12/1975 nonché il progetto di convenzione internazionale diretta ad impedire i pagamenti illeciti sotto qualsiasi forma sono illustrati in FISCHER PETER, *Korruption im internationalen Wirtschaftsverkehr im Zusammenhang mit der Tätigkeit transnationaler Unternehmen, in Korruption und Kontrolle*, Vienna 1981. Si vede inoltre UN-ECOSOC, *Report of the committee on an international agreement on illicit payment*, E/1969/104; *Practical measures against corruption, manual prepared by the Secretariat of the 8th UN Congress on the prevention of crime* (A/conf.144/8, 29/5/1990).

categoria oppure da singole imprese. Proprio per colmare questo vuoto giuridico, il Consiglio dei ministri dell'OCSE, nel maggio 1994, ha approvato il testo di una raccomandazione contro la corruzione nel commercio internazionale (cfr. annesso I). Da parte sua, il Consiglio d'Europa, in occasione della 19ª sessione dei Ministri della giustizia, tenutasi il 21 giugno 1994 a Malta, ha pure adottato una risoluzione secondo la quale il compito di esaminare la necessità di nuovi strumenti di carattere legislativo per rafforzare la repressione della corruzione (cfr. annesso II) viene affidato ad un comitato di esperti.

Proprio in considerazione dell'assenza di strumenti specifici messi a punto per facilitare o migliorare la confisca del provento della corruzione rispettivamente la punibilità del riciclaggio del provento alla corruzione, si deve far capo agli strumenti nazionali ed internazionali attualmente esistenti per combattere altre forme di criminalità.

Lo strumento più recente e, di conseguenza, anche il più adattato alle forme moderne di criminalità, è rappresentato dalla Convenzione internazionale n°141 adottata dal Consiglio d'Europa in data 8 novembre 1990 relativa al riciclaggio, alla scoperta, al sequestro e alla confisca dei prodotti del crimine. Si tratta di una convenzione che è destinata a svolgere un ruolo molto importante nell'immediato futuro, dal momento che vi dovrebbero aderire non soltanto i paesi membri del Consiglio d'Europa, fra i quali bisogna annoverare anche i nuovi paesi membri dell'Europa centrale ed orientale, bensì anche i paesi che già hanno partecipato all'elaborazione della stessa, in particolare gli Stati Uniti, il Canada e l'Australia<sup>2</sup>.

Le parti contraenti si impegnano, in particolare, ad introdurre nel proprio diritto nazionale l'istituto della confisca del provento di reato come pure la punibilità del riciclaggio del provento di reato. D'altra parte, i paesi contraenti si impegnano ad assicurarsi la massima cooperazione reciproca in specie per quanto riguarda la confisca, del provento di reato e la punibilità del riciclaggio. Un'altra ragione dell'importanza di questa convenzione consiste nel fatto che, nel suo testo, il reato presupposto (*predicated offence*, *Haupt-oder Vortat*, *infration principale*) non viene limitato al provento del traffico di stupefacenti né ad altre forme specifiche di reato. Infatti, è in facoltà delle parti contraenti di indicare, contestualmente al deposito dell'istrumento di ratifica, quali siano le infrazioni o le categorie di infra-

---

2) Explanatory report on the convention n°141, Strasburgo 1991.

zioni di diritto nazionale che entrano in linea di conto per l'applicazione della convenzione. Vi è da ritenere che in queste categorie di infrazioni rientri anche la corruzione come reato commesso dal pubblico funzionario rispettivamente da parte del privato che corrompa il pubblico funzionario.

Ovviamente, per quanto non previsto dalla Convenzione n°141, in materia di cooperazione internazionale, rimangono applicabili le Convenzioni del Consiglio d'Europa relative all'extradizione del 13/12/1957 e all'assistenza giudiziaria del 20/4/1959 come pure i trattati bilaterali di estradizione e di assistenza.

### 3. L'investigazione bancaria relativa al provento di reati.

Come per altri reati, il presupposto per l'applicazione della punibilità del riciclaggio del provento della corruzione rispettivamente per l'applicazione della confisca del provento di corruzione, è rappresentato dall'inchiesta per individuare questi proventi. Una simile indagine deve poter essere svolta anche presso istituti bancari, indipendentemente dal fatto che gli organi e i dipendenti degli stessi siano tenuti all'obbligo del segreto bancario. Infatti, l'esperienza giudiziaria dimostra che una parte importante delle migliaia di milioni di dollari che annualmente vengono versati nelle mani di pubblici funzionari a scopo di corruzione, transitano su conti bancari nazionali o stranieri. L'indagine bancaria assume quindi anche in questo campo un ruolo di primaria importanza per giungere ad individuare l'ubicazione del provento della corruzione che deve essere sottoposto a confisca rispettivamente l'identità delle persone che hanno cooperato -nella veste di ricettatori o di riciclatori- ad occultare il provento della corruzione in modo che potesse sfuggire all'intervento dell'autorità giudiziaria penale. E' proprio in questo ambito che il magistrato penale procede secondo lo schema del "paper tracing"<sup>3</sup>, ossia ripercorrendo a ritroso l'iter del flusso del provento della corruzione attraverso i conti bancari che sono stati utilizzati dagli autori e dai riciclatori per farne perdere le tracce. Il sistema giuridico di numerosi paesi prevede che tale indagine possa essere condotta non soltanto presso i conti bancari delle persone accusate oppure delle persone a loro vicine -ed in particolare presso i conti di prestanomi-, ma anche presso i conti bancari di terze persone, anche quando queste ultime abbiano prestato la loro fun-

3) FISSE-FRASER-COSS, *The money trail - confiscation of proceeds of crime, money laundering and cash transaction reporting*, London 1992.

zione in modo innocente, ossia senza sapere esattamente che il loro conto bancario sarebbe stato utilizzato per fini illeciti. Grazie all'art.4 della suddetta Convenzione n°141 dovrebbe essere attuata una certa armonizzazione di questi strumenti di diritto procedurale almeno fra i paesi che avranno ratificato la convenzione medesima.

#### 4. La cooperazione spontanea degli istituti bancari e finanziari.

A partire dal 1988, la comunità internazionale ha varato una serie di strumenti destinati a combattere e a prevenire il riciclaggio del provento di reati, chiamando a cooperare con l'attività svolta dall'autorità giudiziaria penale anche gli istituti bancari e finanziari. Una primaria conseguenza risiede nel nuovo ruolo di questi ultimi nei confronti dell'autorità giudiziaria penale, che si è trasformato da passivo -ossia limitato a eseguire le ricerche richieste dall'autorità penale, sotto forma di consegna di documenti bancari rispettivamente di comunicazione di informazioni, per iscritto o attraverso testimonianza- in un ruolo attivo, essendo loro imposta una serie di determinati comportamenti che favorisce l'esecuzione di un'inchiesta penale nel caso in cui quest'ultima dovesse essere avviata. A questo scopo, numerosi strumenti internazionali hanno determinato l'introduzione dei seguenti obblighi per gli istituti bancari e finanziari: l'identificazione del cliente come pure dell'avente diritto economico effettivo di una relazione bancaria; la conservazione dei documenti relativi all'identificazione, la verifica della causale economica di determinate transazioni sospette, la notifica o denuncia all'autorità giudiziaria di fondi di cui si sospetta l'origine illecita, il blocco spontaneo di beni di cui si sospetta l'origine illecita. E' noto come, nella pratica, il rispetto di questi obblighi si rivela particolarmente difficile per il personale degli istituti bancari e finanziari<sup>4</sup>. Tale difficoltà aumenta quando trattasi di reati commessi nell'ambito di quelle transazioni che sono usuali nel commercio internazionale. Basti pensare che la massa dei beni gestiti in Svizzera dal sistema bancario finanziario viene stimata in 2.100 miliardi di Franchi.

---

4) VASSEUR MICHEL, *La loi du 12 juillet 1990 relative à la participation des organismes financiers à la lutte contre le blanchiment des capitaux provenant du trafic des stupéfiants analysée du point de vue de ses répercussions sur le droit bancaire*, Banque et Droit, numéro spécial, 1990, page 23-40.

## 5. Le indagini di carattere internazionale.

L'esperienza giudiziaria dimostra che numerosissimi casi di corruzione presentano connotati internazionali. Da un lato, sono spesso aziende straniere che corrompono funzionari pubblici di un altro paese. D'altro lato, molto spesso il provento della corruzione viene messo a disposizione del funzionario corrotto o di un suo fiduciario presso un conto bancario situato all'estero. Ne scaturisce la necessità per l'autorità giudiziaria che procede per il titolo di corruzione di un pubblico funzionario, di far capo sempre più spesso alla cooperazione delle autorità giudiziarie penali di altri paesi. È noto che l'assistenza giudiziaria internazionale è tuttora in numerosi casi, caratterizzata dalla lentezza delle relative procedure, (cfr. annesso III) che possono durare parecchi mesi o anche anni. Specie in quei paesi (come la Svizzera, il Lichtenstein, le Isole della Manica, ecc.) che prevedono un diffuso sistema di possibilità di ricorso e di opposizione a tutela dei diritti dei clienti di banche. Per il resto però, generalmente, il solo fatto che l'assistenza giudiziaria venga richiesta nell'ambito di un procedimento penale per titolo di corruzione di cui il funzionario non rappresenta di per sé stesso un ostacolo. Infatti, il principio della doppia punibilità, previsto dalla Convenzione europea di assistenza giudiziaria (art.5 lett.a) è senz'altro soddisfatto poiché il codice penale di tutti i paesi punisce la corruzione di pubblico ufficiale. Semmai, il requisito della doppia punibilità, non è soddisfatto per quanto riguarda l'imputazione di violazione della legge riguardante il finanziamento pubblico dei partiti politici. Ma tale difficoltà ha un effetto soltanto teorico, poiché, in pratica, la grande maggioranza dei procedimenti penali promossi per titolo di violazione della legge nazionale per il finanziamento pubblico dei partiti politici vengono promossi anche per reati di rito comune, in particolare per corruzione di pubblici funzionari. D'altra parte, in casi più complessi, potrebbe soccorrere anche l'imputazione di associazione per delinquere, dal momento che queste forme associative di reato si vanno codificando nel diritto penale di quasi tutti i paesi, come è stato il caso anche della Svizzera grazie all'entrata in vigore il 1 agosto 1994, del nuovo articolo 260ter CPS che punisce la partecipazione ad un'organizzazione criminosa.

In generale, il fatto che le somme in denaro versate da parte degli imprenditori a scopo di corruzione abbiano a transitare, almeno in parte, su conti bancari di uomini politici, non è tale da costituire un ostacolo alla cooperazione giudiziaria internazionale. Si veda al riguardo il seguente considerando di una sentenza emanata al Tribunale federale svizzero a conferma di una giurisprudenza ormai consolidata (sentenza non pubblicata della

Prima Corte di diritto pubblico del Tribunale federale svizzero del 22 luglio 1994 riguardante la società S. Holding Inc, Panama, relativamente ad una rogatoria presentata dal Pubblico Ministero di Milano:

*“Il ressort en effet clairement de l'exposé de la demande, complété le 30 septembre 1993, que des pots-de-vin auraient été versés par des entrepreneurs afin d'obtenir l'attribution de travaux publics par l'administration communale romaine. Selon les déclarations des deux entrepreneurs, l'argent aurait, dans un premier temps, été versé sur un compte intitulé “T”, ouvert auprès d'une banque de Lugano et détenu par M. x. Ce dernier aurait admis en avoir par la suite transféré une partie, selon les indications du sénateur xx, sur le compte de la recourante. Compte tenu de ces explications, on comprend aisément que l'autorité requérante désire connaître non seulement l'identité du titulaire et du bénéficiaire de ce compte, mais aussi les destinataires finaux des sommes qui y ont été transférées par M. x, afin de déterminer si, comme elle le soupçonne, il s'agit de fonctionnaires ou d'hommes politiques. La recourante se prévaut en vain du fait que ni M. x, ni le bénéficiaire économique de son compte ne sont des fonctionnaires; l'autorité requérante expose en effet que M. x a agi en tant qu'intermédiaire; elle envisage qu'il puisse en aller de même pour le bénéficiaire du compte bancaire faisant l'objet de la requête, puisque les renseignements sollicités s'étendent à toute personne qui, d'une manière ou d'un autre, pourrait être le destinataire final des sommes versées sur ce compte, afin de savoir s'il s'agit d'un fonctionnaire ou d'un homme politique et, le cas échéant, de connaître son identité.”*

## **6. La confisca dei beni secondo il diritto nazionale.**

Allo scopo di assicurare efficacia all'istituto alla confisca del provento di reato, la confisca deve poter essere pronunciata anche indipendentemente dall'esistenza di un procedimento penale nonché indipendentemente dalla punibilità di una determinata persona. Se, per esempio, l'autore di un reato non può essere giudicato, perché latitante, oppure perché deceduto nel frattempo, ciò non dovrebbe costituire ostacolo alla confisca del provento del reato commesso da quest'ultimo. A tale scopo l'autorità giudiziaria deve poter avviare un procedimento penale indipendente finalizzato alla confisca del provento del reato, come risulta dall'art. 13 cfr. 2 della suddetta Convenzione n°141. Così facendo, si rende possibile anche l'applicazione di principi probatori diversi da quelli che sono applicabili nel procedimento

penale "in personam", finalizzato cioè a stabilire la colpevolezza o l'innocenza di una determinata persona accusata. Diviene così possibile nella procedura "in rem" -ossia finalizzata esclusivamente a stabilire se un bene, un oggetto o un valore patrimoniale sia o meno il provento di un reato- giungere sino ad introdurre il rovesciamento dell'onere della prova, specie quando sussistono determinate presunzioni, come per esempio quando il valore dell'oggetto detenuto sia in manifesta sproporzione rispetto all'attività professionale svolta dal detentore del bene medesimo. Una soluzione in tal senso è stata adottata in diritto svizzero, mediante l'entrata in vigore, il 1 agosto 1994, del nuovo art.59 CPS.

Una questione controversa si è aperta, in diritto svizzero, quando il bene in territorio svizzero è stato accertato essere provento della corruzione non di un funzionario svizzero, bensì di un funzionario straniero. Orbene, poiché il diritto penale svizzero, come quello di tutti gli altri paesi ad eccezione degli Stati Uniti<sup>5</sup>) punisce la corruzione solamente dei pubblici funzionari nazionali e non dei pubblici funzionari stranieri, il Tribunale federale svizzero, in una recente sentenza, ha stabilito che il Pubblico Ministero svizzero non poteva dar luogo alla confisca del provento della corruzione di un funzionario italiano soltanto in applicazione del Codice Penale svizzero, dal momento che il Pubblico Ministero italiano non ne aveva chiesto la confisca per rogatoria

### **7. L'assistenza internazionale per la confisca del provento di reato.**

La Convenzione internazionale n°141 ha (grazie agli artt.2, 13-17), permesso di colmare una lacuna esistente nella convenzione europea di assistenza giudiziaria, che non prevedeva la possibilità dell'assistenza riguardo al sequestro e alla confisca del provento di reato, bensì soltanto riguardo al sequestro dei mezzi di prova. Qualora gli Stati che hanno ratificato la Convenzione n°141 dichiarino che il resto di corruzione di pubblico funzionario rientra nella categoria delle infrazioni cui si applica la Convenzione medesima, viene così costituita la base legale per assicurare la cooperazione internazionale anche allo scopo di ottenere la confisca del provento della corruzione che sia stato occultato in territorio straniero.

---

5) Foreign Corrupt Practices Act of 19th december 1977, modified in 1988.

A questo scopo, le parti contraenti della Convenzione n°141 possono ordinare anche misure provvisoriale, come per esempio il sequestro provvisorio dei beni che potrebbero essere oggetto di una futura domanda di confisca (artt. 11, 12 della Convenzione n°141).

### **8. La punibilità del riciclaggio del provento della corruzione.**

La Convenzione di Vienna approvata dalla conferenza diplomatica delle Nazioni Unite del 19 dicembre 1988 contro il traffico di stupefacenti e di sostanze psicotrope, ha previsto la punibilità del riciclaggio esclusivamente riguardo al provento del traffico di stupefacenti. Di conseguenza, la legislazione di numerosi Stati ha escluso, almeno in un primo tempo, la punibilità del riciclaggio del provento di altri reati. Attualmente però, numerosi Stati hanno provveduto a modificare la loro legislazione sul riciclaggio in modo da prevederne la punibilità anche quando si tratti del provento di reati di altra natura, tra i quali può rientrare anche la corruzione del pubblico funzionario (cfr. in particolare l'esempio del Belgio, dell'Italia, della Svizzera e degli Stati Uniti).

E' ancora una volta in diritto svizzero che è già sorta la controversia a sapere se il riciclaggio del provento della corruzione sia punibile soltanto quando si tratti della corruzione di un pubblico ufficiale svizzero oppure anche della corruzione di un pubblico ufficiale straniero<sup>6</sup>.

Infatti, secondo l'art.305*bis* del Codice Penale Svizzero, entrato in vigore il 1 agosto 1990, il riciclaggio è punibile anche se riguarda il provento di un reato che non è stato commesso in territorio svizzero bensì in territorio straniero, a condizione però che quest'ultimo sia punibile anche in diritto svizzero. Orbene, alcuni autori hanno sostenuto che, poiché la corruzione di funzionari pubblici stranieri non è punibile in diritto svizzero, se ne dovrebbe concludere che anche il riciclaggio in territorio svizzero del provento di un reato di corruzione di funzionario straniero non è punibile secondo l'art.305*bis* CPS.

### **9. La corruzione di funzionari stranieri: iniziative recenti.**

Come già visto, solamente la legislazione degli Stati Uniti punisce

---

6) ZULAUF URSZ, *Gläubigerschutz und Vertrauensschutz - zur Sorgfaltspflicht der Bank im öffentlichen Recht der Schweiz*, Revue de Droit Suisse, NF 133, 1994, II, pag.510.

la corruzione anche di pubblici funzionari stranieri. Coerentemente con questa impostazione, nell'ottobre 1992 la legislazione nord-americana sul riciclaggio è stata riveduta in modo da rendere punibile il riciclaggio anche del provento della corruzione di pubblici funzionari stranieri.

Attualmente, la punibilità della corruzione di pubblici funzionari stranieri è stata menzionata nella suddetta risoluzione del Consiglio d'Europa e pertanto farà l'oggetto dell'esame da parte del suddetto comitato di esperti. Un progetto di convenzione<sup>7</sup> è stato esaminato anche in occasione della sesta International Anti-Corruption Conference tenutasi nell'ottobre 1993 in Messico, per cui vi è da ritenere che questa tematica verrà sollevata anche in occasione della prossima sessione della conferenza, prevista per l'ottobre 1995 a Pechino. Pertanto, tutta la materia esaminata nel corso di questa analisi si ripresenta come soggetta a possibili prossimi cambiamenti.

## ANNESSE I

### PROPOSTA DI NUOVE NORME ANTI-CORRUZIONE.

#### A. QUADRO FORMALE.

Le norme menzionate qui di seguito possono fare oggetto di strumenti internazionali quali:

- a) Protocollo addizionale della Convenzione n°141 del Consiglio d'Europa sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato, dell' 8 novembre 1990.
- b) Protocollo addizionale della Direttiva del Consiglio delle Comunità Europee del 10 giugno 1991 relativa alla prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario a fini di riciclaggio di capitali.
- c) Nota interpretativa delle 40 raccomandazioni adottate nel febbraio 1990 dal Gruppo d'azione finanziario (GAFI/FATF) dell'OCSE.
- d) Legge-modello elaborata e raccomandata da un'organizzazione internazionale.

---

7) BERNASCONI PAOLO, *Progetto di convenzione internazionale sulla prevenzione e la lotta alla corruzione di pubblici ufficiali*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, n° 4/1993 pag.1138.

(Organizzazione delle Nazioni Unite, Consiglio dell'Europa, OCSE, Organizzazione degli Stati Americani, ecc.)

- c) Nuove convenzioni internazionali contro la corruzione a livello mondiale (ONU) e regionale (OCSE, OSA, Consiglio d'Europa, ecc.)

## 2. CONTENUTO DELLE NUOVE NORME ANTI-CORRUZIONE.

- 1. La confisca del provento della corruzione.

Le norme che prevedono la confisca del provento della corruzione:

- a) Nel quadro di una procedura di confisca anal o indipendentemente dall'esistenza di procedure penali promosse contro gli autori della corruzione.
- b) Procedure di confisca non solo del provento di un'infrazione di corruzione commessa sul territorio nazionale ma anche del provento di un'infrazione di corruzione commessa all'estero.
- c) Procedure di confisca del provento della corruzione anche nel caso in cui la punibilità sia prevista unicamente dal diritto del paese nel quale la corruzione è stata commessa.

- 2. La punibilità del riciclaggio del provento della corruzione.

Norme che prevedono la punibilità del riciclaggio del provento della corruzione:

- a) Anche nei casi in cui la corruzione non rientri nella categoria di infrazioni principali (predicated offence), per le quali il diritto nazionale prevede la punibilità del riciclaggio.
- b) Punibilità del riciclaggio del provento della corruzione anche se questa è stata commessa sul territorio straniero.

- 3. La corruzione di funzionari stranieri.

Norme che prevedono:

- a) La punibilità della corruzione di funzionari stranieri.

- b) La confisca del provento della corruzione commessa nei confronti di e da funzionari stranieri.
  - c) La punibilità del riciclaggio del provento della corruzione commessa da e nei confronti di funzionari stranieri.
4. La corruzione di funzionari appartenenti a delle organizzazioni internazionali.
- 

Norme che prevedono:

- a) La punibilità della corruzione di funzionari internazionali.
  - b) La confisca del provento della corruzione di funzionari internazionali.
  - c) La punibilità del riciclaggio del provento della corruzione di funzionari internazionali.
5. Cooperazione di professionisti del settore bancario, finanziario e della revisione.
- 

Norme che prevedono:

- a) L'obbligo per i revisori dei conti di ricercare i fondi fuori bilancio, costituiti dalle società, con scopi di corruzione e obbligo di denunciare l'esistenza e l'utilizzo di questi fondi.
  - b) La punibilità della preparazione di documenti destinati a nascondere le transazioni e le operazioni effettuate a fini di corruzione, come per esempio le fatture fittizie.
  - c) L'obbligo per gli operatori del settore bancario e finanziario di notificare i pagamenti di cui si sospetta il legame con delle operazioni effettuate a fini di corruzione.
  - d) La nullità dei contratti (contratti di mediatore, contratti d'apertura di conti bancari, ecc.), così come delle fatture stabilite da società offshore, costituiti allo scopo di nascondere l'identità degli aventi diritto così come l'origine, la causa e la destinazione dei pagamenti effettuati a fini di corruzione.
6. Assistenza internazionale di carattere amministrativo e penale.
- 

Norme di diritto internazionale (protocolli addizionali di convenzioni o di

trattati bilaterali) così come di diritto interno che prevedono:

- a) Il divieto di rifiutare l'assistenza in materia di corruzione facendo valere il carattere politico delle infrazioni legate alla corruzione.
- b) L'obbligo per le autorità giudiziarie e amministrative di uno Stato di notificare alle autorità giudiziarie e amministrative di un altro Stato gli elementi di prova che concernono la corruzione di funzionari di quest'ultimo Stato. (Sul modello dell'articolo 10 della Convenzione internazionale di Strasburgo No. 141 sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato).
- c) L'assistenza giudiziaria e amministrativa per le infrazioni alla legislazione nazionale concernente il finanziamento dei partiti politici da parte dello Stato.
- d) L'assistenza tra le autorità amministrative nazionali incaricate della lotta contro la corruzione, com'è il caso, tra gli altri, per le commissioni nazionali indipendenti contro la corruzione istituite in Francia, a Hong-Kong, a Singapore, in Thailandia, in Messico, ecc.

## ANNESSE II

### DICHIARAZIONI NELL'AMBITO DELLE NAZIONI UNITE.

- a) Piano mondiale d'azione contro la criminalità organizzata transnazionale adottato dalla Conferenza ministeriale mondiale sulla criminalità organizzata transnazionale che si è tenuta a Napoli il 21/23 novembre 1994 e a tenore del quale, al punto 16, "Gli Stati dovrebbero fare in modo che l'insieme del loro sistema giudiziario penale disponga di strutture e di mezzi sufficienti per fare fronte alle attività complesse della criminalità organizzata, comprese delle garanzie contro la corruzione, l'intimidazione e la violenza". (E/CONF. 88/L.3, pagina 8).
- b) ECOSOC. Le legislazioni nazionali e la loro efficacia nella lotta contro le differenti forme di criminalità organizzata transnazionale. Conferenza ministeriale mondiale di Napoli 21/23 novembre 1994: "La corruzione fa parte della dimensione transnazionale del crimine organizzato e la corruzione internazionale si sta sviluppando come un fenomeno connesso". (E/CONF. 88.3, 25 agosto 1994, pagina 10).
- c) Nono Congresso delle Nazioni Unite sulla Prevenzione del Crimine.

Rapporto sull'incontro preparatorio regionale per l'Asia ed il Pacifico, Bangkok 17-21 gennaio 1994: "Gruppi criminali organizzati, aiutati dai profitti generati dalla loro attività, favoriscono la corruzione quale mezzo per assicurare operazioni senza impedimenti di alcun genere. (A/CONF. 169/RPM. I. 28 gennaio 1994, pagina 15).

### ANNESSE III

#### Comunicato stampa di magistrati europei datato il 9 /9 /1994.

Publicato in conclusione del Colloquio sulla cooperazione giudiziaria internazionale contro la corruzione tenutosi a Ginevra il 9 settembre 1994.

L'8 e il 9 settembre 1994, 35 magistrati giudiziari (procuratori pubblici o giudici istruttori) di nazionalità francese, italiana, spagnola e svizzera si sono riuniti a Ginevra su iniziativa della Conferenza delle autorità giudiziarie penali svizzere di lingua francese ed italiana. Questo incontro aveva per obiettivo di evocare le questioni relative alla pratica dell'assistenza internazionale in materia penale e, più particolarmente, di mettere in evidenza, per meglio risolverli, i problemi legati al perseguimento delle infrazioni nel campo della corruzione. Così come emerge da un comunicato stampa diffuso alla chiusura dei lavori, questa prima presa di contatto ha rafforzato la convinzione dei partecipanti che:

- Lo sviluppo inquietante del fenomeno della corruzione e di pratiche analoghe è di natura tale da mettere in pericolo il funzionamento delle istituzioni democratiche e da favorire l'insediamento della criminalità organizzata, nonché da pervertire gravemente il libero mercato della concorrenza economica;
- che gli strumenti legali (convenzioni internazionali, leggi nazionali e organizzazioni giudiziarie) non sono più adatti alla lotta contro un tipo di criminalità le cui cause, come gli effetti, superano largamente le frontiere di ciascun Stato.

Questi magistrati si sono dichiarati risolti a proseguire i loro sforzi in vista di rafforzare la loro necessaria collaborazione nel rispetto delle norme che regolano le loro azioni e nei limiti delle loro competenze. Essi esprimono la loro solidarietà nei confronti di chi tra loro, pur li-

mitandosi a compiere in tutta indipendenza la missione di salvaguardia degli interessi pubblici, è oggetto di attacchi o di pressioni.

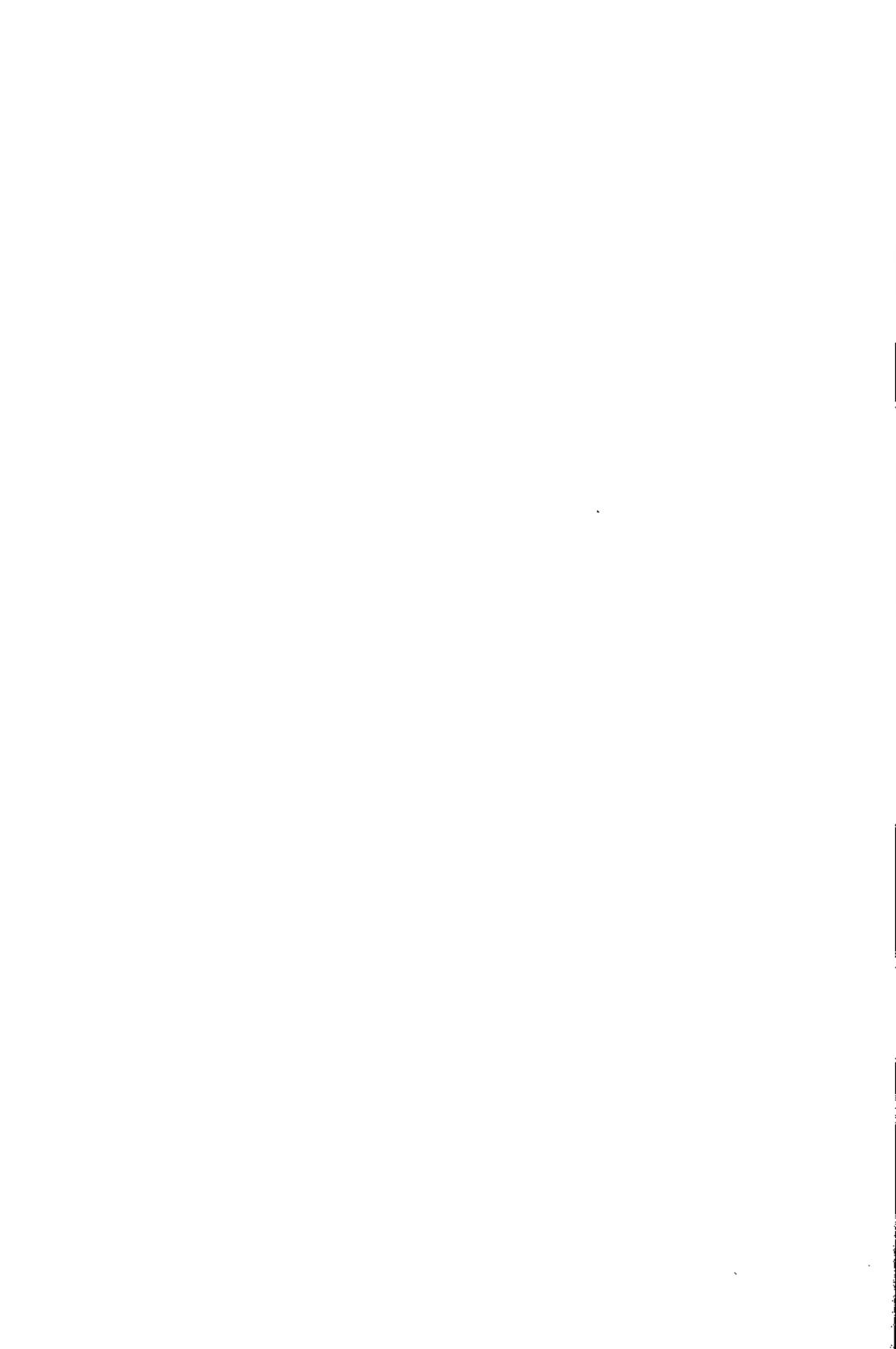
Essi considerano loro dovere attirare l'attenzione dei poteri competenti, nei differenti Stati interessati, sull'insufficienza e l'inadeguatezza dei mezzi attualmente offerti dalla giustizia per compiere il loro compito nel contesto internazionale.

Una lotta efficace contro il flagello della corruzione implica tra l'altro che siano prese senza tardare tutte le misure idonee a:

- semplificare considerevolmente, nella prospettiva di uno spazio giudiziario europeo, le procedure d'extradizione e di assistenza, e ciò specialmente quando le investigazioni in corso tendono ad ottenere delle informazioni di natura bancaria e finanziaria;
- permettere il perseguimento di atti di corruzione commessi nei confronti di autorità o di funzionari pubblici stranieri;
- completare l'arsenale repressivo nei confronti della pratica delle tangenti ("mazzette" o "bustarelle") nell'attività economica internazionale e l'attribuzione dei mercati pubblici o privati.

LUCIA S. ROSSI

LA LOTTA AL RICICLAGGIO DEI CAPITALI DI PROVENIENZA  
ILLECITA A LIVELLO INTERNAZIONALE  
E DELL'UNIONE EUROPEA.



*Sommario: 1.GLI STRUMENTI DI COOPERAZIONE A LIVELLO INTERNAZIONALE MULTILATERALE. 1.1.La Raccomandazione n°(80)10 del Consiglio d'Europa. 1.2.La Convenzione di Vienna del 1988. 1.3.La Dichiarazione di principi del comitato di Basilea. 1.4.Il Gruppo d'Azione Finanziaria Internazionale (GAFI). 1.5.La Convenzione di Strasburgo n°141. 2.L'AZIONE DELLA COMUNITÀ EUROPEA E DELL'UNIONE EUROPEA. 2.1.La direttiva 91/308. 2.2.Il problema dei rapporti fra normative nazionali sul controllo dell'esportazione di contanti e disposizioni comunitarie sulla libera circolazione dei capitali. 2.3.Le competenze dell'Unione Europea previste dal Titolo VI del Trattato di Maastricht. Gli Accordi di Schengen. 3.CONCLUSIONI.*

La presa di coscienza a livello internazionale del fatto che la lotta al riciclaggio di denaro di provenienza illecita può costituire uno degli strumenti più efficaci di contrasto delle più gravi forme di criminalità è un fenomeno relativamente recente, ma estremamente vivo. Accanto ad esigenze, in senso lato, di ordine pubblico, legate alla necessità di prevenire e reprimere fenomeni criminosi, si pongono anche, nella materia in esame, ragioni di carattere economico, come quella di garantire la libera concorrenza degli enti creditizi e finanziari, che militano a favore di un progressivo sviluppo delle normative antiriciclaggio a livello sovranazionale.

Particolarmente interessante, nella materia in esame, è il ruolo esercitato dalla *Soft Law*, cioè da atti, quali le raccomandazioni, che, pur assumendo un alto valore politico, non sono di per sé vincolanti: essi infatti conseguono un importante effetto di "trascinamento", favorendo l'adozione successiva di regole vincolanti (*Hard Law*), come convenzioni internazionali o atti comunitari.

La cooperazione internazionale in materia di lotta al riciclaggio si sviluppa su due diversi piani: da un lato la previsione di controlli e di procedure di segnalazione a carico degli intermediari finanziari, dall'altro la collaborazione fra autorità giudiziarie e di polizia. Essa è perseguita tanto a livello internazionale multilaterale, quanto a livello comunitario ed oggi, con promettenti prospettive, dell'Unione Europea. I diversi piani e livelli di azione, pur ispirati, come si vedrà, a logiche differenti, agiscono in maniera complementare e sinergica, contribuendo, appunto, alla "vivacità" con cui vanno affermandosi regole internazionali in questo settore.

## **1. Gli strumenti di cooperazione a livello internazionale multilaterale.**

### **1.1. La raccomandazione n°(80)10 del Consiglio d'Europa.**

Il primo atto internazionale in cui si prende posizione contro il riciclaggio è la raccomandazione (80)10 adottata a Strasburgo il 27/6/1980 dal Consiglio dei ministri del Consiglio d'Europa. Essa fu formulata principalmente con riferimento al riciclaggio dei proventi di reati quali il rapimento e conferiva grande importanza ad un ruolo attivo del sistema bancario. Il Rapporto esplicativo che accompagnava la Raccomandazione indicava che, salvo alcune eccezioni, le procedure bancarie degli Stati membri del Consiglio d'Europa presentavano già notevoli somiglianze e che l'adozione di controlli dello stesso tipo avrebbe impedito ai flussi di denaro sporco di trovare canali preferenziali.

A tale fine, veniva raccomandato agli Stati membri (dunque senza effetto vincolante) di predisporre controlli sui rispettivi enti bancari affinché: 1) identificassero i clienti che aprivano un conto, un deposito o una cassetta di sicurezza, o che effettuassero operazioni di rilevante ammontare (indicato dal Rapporto esplicativo in 10.000 ECU) in contanti o attraverso canali interbancari; 2) evitassero di locare cassette di sicurezza a persone non conosciute o referenziate; 3) costituissero *stocks* di banconote i cui numeri fossero registrati; 4) predisponessero programmi di formazione dei cassieri. Si raccomandava poi la collaborazione fra autorità amministrative nazionali, anche con l'aiuto dell'Interpol, e l'adozione da parte delle banche di sistemi meccanizzati di riconoscimento delle banconote<sup>1</sup>.

### **1.2. La Convenzione di Vienna del 1988.**

Alla "Hard Law" appartiene la Convenzione contro il traffico illecito di stupefacenti e di sostanze psicotrope, adottata il 20/12/1988 nell'ambito dell'ONU (che si ricollega alle Convenzioni del 1961 e del 1971 sugli stupefacenti e sulle sostanze psicotrope) prende in considerazione il riciclaggio dei proventi dei reati connessi al traffico di stupefacenti. Essa è stata firmata da quasi ottanta stati ed è entrata in vigore l'11/11/1990<sup>2</sup>.

---

1) Il testo è in *International Efforts to combat Money Laundering* (edited by Gilmore), Cambridge, 1992, p.169ss.

2) Lo strumento di adesione dell'Italia è pubblicato in G.U. s.o. n°267 del 15/11/1990. Per lo stato delle ratifiche, v. BOWMAN-HARRIS, *Multilateral Treaties, Index and current Status*, Nottingham, 1993, p.72.



segretezza.

Come già rilevato, nonostante il suo carattere informale, tale Dichiarazione ha avuto un notevole seguito nella prassi: in alcuni Stati (Austria, Italia e Svizzera) è stato adottato un accordo interbancario; in altri (Francia e Gran Bretagna) si è previsto che l'inosservanza dei principi sopra illustrati sarebbe stata sanzionata in via amministrativa; nel Lussemburgo, infine alcuni testi legislativi fanno riferimento alla Dichiarazione.

#### 1.4. Il Gruppo d'Azione Finanziaria Internazionale (GAFI).

Nel luglio del 1989, in occasione del 15° vertice dei Capi di Stato e di Governo dei sette Paesi più industrializzati, fu deciso di costituire un Gruppo (il GAFI o, nella sigla inglese, FATF) per valutare i risultati della cooperazione già in atto nella prevenzione dell'utilizzo del sistema bancario e finanziario per il riciclaggio di denaro proveniente dal traffico di stupefacenti e per studiare misure supplementari. Oltre ai Paesi del G7 furono chiamati a partecipare al GAFI anche Svezia, Olanda, Belgio, Lussemburgo, Spagna, Austria, Svizzera e Australia. Per facilitare i lavori, furono creati tre gruppi di studio, dedicati rispettivamente all'analisi dei metodi di riciclaggio, alle questioni giudiziarie e alla cooperazione amministrativa e finanziaria<sup>3</sup>.

Il 7/2/1990 il GAFI presentò un primo rapporto, contenente quaranta raccomandazioni<sup>4</sup>. In via generale si indicava: 1) che ogni Paese ratificasse la Convenzione di Vienna; 2) che le legislazioni nazionali sul segreto bancario fossero concepite in modo da non ostacolare le misure antiriciclaggio; 3) che fosse rafforzata la cooperazione multilaterale in campo amministrativo e giudiziario. Si raccomandava poi che ogni Stato prevedesse la possibilità, per le autorità competenti, di confiscare i proventi dei reati o proprietà di valore corrispondente; che le banche e le altre istituzioni finanziarie procedessero all'identificazione obbligatoria dei clienti, e agli altri adempimenti già indicati dalla dichiarazione di Basilea, e ciò anche con riferimento alle operazioni svolte dalle filiali o sussidiarie di dette banche poste in Paesi che non applicano le raccomandazioni in oggetto. Pur

3) Sul tema v. TAYMANS-NIHOUL, *Money Laundering: an analysis of European and international legal instruments*, *Revue de la Banque*, 1992, p.57ss.

4) *La lutte contre le blanchiment de capitaux*, *Problemes économiques*, Paris, 1990, n°2176, p.25ss.

dichiarandosi (raccomandazione n°23) che in nessun modo si intendeva restringere la libera circolazione dei capitali, si raccomandava l'istituzione di controlli informatizzati centrali e l'incoraggiamento di sistemi di pagamento più sicuri quali assegni, carte di credito, ecc.

Al vertice di Houston del luglio 1990 fu deciso che il Gruppo avrebbe continuato la propria attività e che ogni Paese membro dell'OCSE che sottoscrivesse le raccomandazioni del *GAFI* avrebbe potuto prendervi parte (*GAFI 2*). Nel 1991, a Parigi, fu presentato un rapporto che valutava l'attuazione e proponeva il rafforzamento delle precedenti raccomandazioni. Si proponeva, fra l'altro, di estendere l'attività del *GAFI* e le raccomandazioni da questo formulate al riciclaggio dei proventi di tutti i reati gravi, superando la limitazione a quelli derivanti dal traffico di stupefacenti: tuttavia, sebbene si riscontrasse un generale *consensus*, nessun accordo vero e proprio è stato formulato su questo punto.

In quella sede fu deciso che i lavori del Gruppo sarebbero proseguiti per un ulteriore periodo di 5 anni e che il segretariato dello stesso avrebbe trovato sede presso l'OCSE (*GAFI 3*). Entro la fine del 1996 il Gruppo esaminerà in dettaglio la situazione e i progressi compiuti in ogni Stato membro. Il Gruppo si propone altresì di promuovere una più ampia cooperazione internazionale e di affrontare il problema dei "paradisi normativi", richiedendo loro espressamente di aderire alle Raccomandazioni (senza però entrare nella *Task Force*, i cui membri, per ragione di efficienza, non saranno aumentati). Tale attività ha già avuto, almeno sul piano formale, numerose adesioni, anche attraverso il sistema della mobilitazione regionale, in virtù della quale sono stati contattati i Paesi dell'*ex* blocco socialista, i Paesi caraibici e i Paesi dell'America Latina, nel quadro dell'OSA. Quanto ai "paesi non cooperativi", abbandonata per il momento l'idea di compilare una "lista nera" (preferendosi piuttosto redigere una "lista bianca" dei Paesi che aderiscono alle Raccomandazioni *GAFI*), si è ventilata l'idea di sottoporre a controlli sistematici tutte le operazioni finanziarie da e verso di essi, in modo da aumentare l'onerosità, quanto meno sotto il profilo procedurale.

Particolare attenzione sarà dedicata alla mutua assistenza in campo giudiziario, e agli ostacoli derivanti dalle diversità normative nei vari Stati. Fra questi ultimi si segnalano la diversità delle fattispecie incriminate (o non incriminate), la non uniforme possibilità di punire non solo la commissione di un crimine ma anche il riciclaggio dei proventi di questo, le diverse norme in tema di responsabilità delle società. È chiaro che la soluzione a tali problemi potrebbe venire solo da un'armonizzazione delle legislazioni penali: in mancanza di quest'ultima, si raccomanda che la cooperazione

internazionale sia improntata a criteri di flessibilità nell'applicazione di dette legislazioni.

### 1.5. *La Convenzione di Strasburgo n°141.*

La Convenzione sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato, adottata in seno al Consiglio d'Europa l'8/11/1990, si applica al riciclaggio dei proventi di qualsiasi reato e non più solo, come la Convenzione di Vienna, a quelli derivanti dal traffico di stupefacenti. È tuttavia previsto (art.6 par.4) che al momento della firma o del deposito dello strumento di ratifica, ciascuna Parte contraente può limitare l'applicazione della stessa a specifiche categorie di reati.

La Convenzione, che è stata firmata da venti Stati europei e dall'Australia (è aperta alla firma anche degli USA e del Canada), è in vigore dal 1/9/1993 fra Bulgaria, Olanda, Svizzera, e Regno Unito e, da ultimo, Italia. L'autorizzazione alla ratifica e l'ordine di esecuzione sono stati dati in Italia con legge n°328/93<sup>5</sup>, che ha modificato il codice penale (artt.724, 731, 733, 735, 737, 745); l'entrata in vigore nel nostro Paese è avvenuta dal 1/5/1994, con il deposito degli strumenti di ratifica<sup>6</sup>. L'Italia non ha formulato altra riserva al di fuori di quella che richiede che i proventi derivino da un delitto non colposo.

Fra gli obblighi previsti dalla Convenzione, i più significativi sono quelli di modificare le legislazioni nazionali al fine di consentire la confisca e il rintracciamento dei proventi o beni corrispondenti; l'art.4 impone anche agli Stati contraenti di garantire alle autorità giudiziarie il potere di ordinare che documenti bancari, commerciali o finanziari siano sequestrati, senza che possa essere opposto il segreto bancario. La Convenzione prevede poi una cooperazione internazionale in materia di confisca e di assistenza nelle indagini, la possibilità di trasmettere informazioni non richieste, e l'obbligo di adottare, su richiesta di un'altra Parte contraente misure provvisorie come il congelamento o il sequestro di beni mobili o immobili.

La Convenzione in esame costituisce uno strumento moderno ed efficace nella lotta alla criminalità; è auspicabile (anche in conformità con le Raccomandazioni del *GAFI*) che essa venga ratificata quanto prima da un ampio numero di Paesi e che vi aderiscano anche quegli Stati membri

5) G.U. s.o. n°80 del 28/8/1993.

6) V. il comunicato in G.U. s.o. n°49 del 1/3/1994.

del Consiglio d'Europa i quali (come San Marino), non l'hanno ancora nemmeno firmata.

## **2. L'azione della Comunità Europea e dell'Unione Europea.**

### **2.1. La direttiva 91/308.**

Specificamente rivolta al settore finanziario è la direttiva comunitaria del 10/6/1991, relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività illecite<sup>7</sup>, il cui termine per l'attuazione nei dodici Stati membri è spirato il 1/1/1993.

La base giuridica prescelta (artt.57 e 100 A) e i considerando della direttiva rivelano che l'approccio ad essa sottostante è, in linea con le competenze all'epoca conferite alla Comunità economica europea, principalmente ispirato ad esigenze di tutela del mercato. A parte la generica preoccupazione che possano "risultare gravemente compromesse la solidità e la stabilità dell'ente coinvolto e la credibilità dell'intero sistema finanziario, che perderebbe di conseguenza la fiducia del pubblico", si rileva infatti che "coloro che procedono al riciclaggio potrebbero, se non si adottano alcune misure di coordinamento a livello comunitario, tentare di trarre vantaggio dalla libertà dei movimenti di capitali e dalla libera prestazione dei servizi finanziari". L'armonizzazione dei controlli per contrastare il riciclaggio si rivela dunque in primo luogo necessaria per impedire che gli Stati membri utilizzino la normativa antiriciclaggio per introdurre vincoli sproporzionati ed eccessivi alla libera circolazione dei capitali.

Va inoltre rilevato che, in un contesto di liberalizzazione dei movimenti di capitali e di libera concorrenza fra intermediari finanziari, l'introduzione di controlli e di registrazioni a carico degli enti creditizi e finanziari di uno Stato crea per questi uno svantaggio competitivo rispetto ad enti similari di Stati più concilianti. Il movimento di flussi di capitali può poi, più in generale, ripercuotersi sensibilmente sulle bilance dei pagamenti e sulle rispettive posizioni valutarie dei vari Paesi. Fra le ragioni che spingono ad armonizzare le normative antiriciclaggio si pongono dunque anche quella di tutelare la concorrenza fra enti finanziari e, in ultima analisi, anche fra sistemi-Paese.

---

7) GUCE L 166 del 28/6/1991.

La direttiva richiama, nei propri considerando, tutte le iniziative svolte a livello internazionale che sono state sin qui menzionate nella parte I e, in particolare, le esigenze di superare la ristretta nozione di reato prevista dalla Convenzione di Vienna. Tuttavia, nel definire il proprio campo di applicazione, essa rinvia all'art.3.1 a) della Convenzione di Vienna (che costituisce dunque il campo minimo di applicazione) "e a ogni altra attività che sia considerata tale dagli Stati membri ai fini della presente direttiva". Rimane dunque affidata alla discrezionalità di ciascuno Stato membro, nel trasporre la direttiva all'interno del proprio ordinamento, la scelta di estendere le prescrizioni al riciclaggio di proventi di reati diversi dal traffico di stupefacenti (il Lussemburgo, ad esempio, ha attuato la direttiva nella sua estensione minima)<sup>8</sup>.

La direttiva prevede innanzitutto che gli Stati membri vietino nei loro ordinamenti il riciclaggio (definito come comprensivo delle seguenti azioni commesse intenzionalmente: conversione, trasferimento, occultamento, dissimulazione della natura, acquisto, detenzione o utilizzazione consapevoli dei beni di qualsiasi tipo, ivi compresi i documenti o gli strumenti legali attestanti diritti su beni, nonché la partecipazione a dette azioni, il tentativo e il favoreggiamento). Poichè però non è precisato alcunchè circa la natura e la misura delle sanzioni (rimandate alla decisione degli Stati membri), tale disposizione lascia potenzialmente sussistere trattamenti normativi assai differenziati. La direttiva a ben guardare, non prescrive nemmeno l'adozione di misure di carattere penale, anche se ciò è precisato in una Dichiarazione allegata alla stessa. Seguono poi alcuni obblighi che gli Stati membri devono porre a carico degli enti creditizi (intesi nel senso più ampio) e finanziari (comprese le assicurazioni operanti nel ramo vita). L'art.12 impone comunque agli Stati membri di estendere le disposizioni della direttiva anche ad altre attività professionali e categorie di imprese che "svolgono attività particolarmente suscettibili di utilizzazione a fini di riciclaggio".

Gli Stati membri dovranno imporre agli enti citati: 1) di identificare i clienti per tutte le operazioni di importo pari o superiore a 15000 ECU, anche se effettuate in più operazioni, e di operazioni di importo minore,

---

8) Sul tema v. SALAZAR, *Riciclaggio dei capitali: direttiva comunitaria e legislazione italiana*, in *Foro it.*, IV 199, p.462ss. e TARGETTI, *La prevenzione del riciclaggio tra diritto interno e normativa comunitaria*, in *Le Società*, 1991, p.1175ss.

qualora vi sia il sospetto di riciclaggio (art.3); 2) di conservare i documenti, scritture e registrazioni (art.4); 3) nonchè il divieto di comunicare al cliente che è in corso un'inchiesta (art.8). Gli enti creditizi dovranno inoltre collaborare pienamente con le autorità responsabili per la lotta contro il riciclaggio, comunicando di propria iniziativa e fornendo su richiesta ogni informazione in materia, e dovranno astenersi, prima di aver dato tale comunicazione, dal porre in essere operazioni che si sospettino in relazione con il riciclaggio (art.7). In proposito, è previsto che tali disposizioni non costituiscano violazione di diversi obblighi, assunti contrattualmente nei confronti del cliente o imposti dalla legge, e che non insorga la responsabilità dell'ente per la violazione di quest'ultimi. Incombe poi agli stessi enti l'obbligo di instaurare procedure di controllo interno e di formazione dei propri dipendenti per garantire l'applicazione delle misure sin qui descritte (art.11). È infine istituito un Comitato di contatto, presso la Commissione comunitaria, con compiti di concertazione reciproca e consulenza alla Commissione stessa, alla quale sola spetta il compito di vigilare sul rispetto della direttiva (promuovendo, se necessario, un ricorso contro gli Stati inadempienti, ex art. 169 CE).

La direttiva effettua un'"armonizzazione minima": le sue prescrizioni costituiscono cioè una base comune irrinunciabile nel diritto degli Stati membri, mentre è consentito a questi ultimi (art.15) di adottare o mantenere, nel settore, disposizioni più rigorose. Conformemente ad una consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee, in mancanza di attuazione (o in caso di non corretta attuazione) la direttiva non è di per sè in grado di avere effetti diretti, vale a dire valore vincolante, nei confronti dei privati. Tuttavia, va rilevato che essa vincola gli Stati membri intesi nella loro accezione più ampia: nelle parti in cui sia chiara, precisa ed incondizionata, essa produce pertanto effetti vincolanti tanto per l'amministrazione quanto per i giudici degli Stati membri, che dovranno, per quanto possibile, interpretare il diritto interno alla luce della stessa<sup>9</sup>.

Una curiosa conseguenza potrebbe poi derivare, applicando i principi espressi dalla Corte di Giustizia nelle sentenze *Marshall*<sup>10</sup> e *Foster*<sup>11</sup>, per le banche o altri enti il cui capitale sia controllato da capitali pubblici: si

9) CGCE, sent. *Marleasing*, del 13/11/1990, in causa C 106/89, *Racc.* p. 4135ss.

10) CGCE, sent. del 26/2/1986, in causa 152/84, *Racc.* p.72ss.

11) CGCE, sent. del 12/7/1990, in causa C 188/89, *Racc.* p.3313ss.

potrebbe infatti ritenere che ad essi la direttiva vada integralmente applicata (con efficacia diretta nei confronti degli stessi) anche se lo Stato membro non abbia proceduto ad un corretto recepimento. La conseguente situazione di discriminazione che verrebbe a crearsi fra enti pubblici (o controllati con capitali pubblici) ed enti privati viene considerata dalla Corte come una sorta di sanzione a carico dello Stato per non aver adempiuto all'obbligo di attuare la direttiva.

### **2.2. Il problema dei rapporti fra normative nazionali sul controllo dell'esportazione di contanti e disposizioni comunitarie sulla libera circolazione dei capitali.**

La direttiva 91/308, nonostante il suo approccio spiccatamente "market oriented", dà un contributo positivo alla lotta contro il riciclaggio perchè, come si è visto, predispone una tutela minima uniforme in tutti gli Stati membri. La politica antiriciclaggio di tali Stati membri potrebbe però entrare in rotta di collisione con un altro aspetto del mercato interno comunitario: la libera circolazione dei capitali.

Com'è noto, la libera circolazione dei capitali è una delle quattro libertà fondamentali previste dagli artt. 3c. e 67 del Trattato CEE. Nel 1981 (sentenza *Casati*<sup>12</sup>), la Corte di Lussemburgo la qualificò come principio fondamentale del Trattato, negando però l'efficacia diretta dell'art. 67: questa libertà, in altre parole, si sarebbe realizzata nei tempi e nella misura prevista dalle direttive che sarebbero state via via adottate dalle istituzioni comunitarie (i pagamenti correnti, ovvero la controprestazione monetaria di un bene o di un servizio venivano invece dichiarati immediatamente liberalizzati)<sup>13</sup>. Dopo alcune direttive che liberalizzavano solo parzialmente i movimenti di capitali, consentendo agli Stati di mantenere o introdurre restrizioni per quanto non specificato in esse (e in questi anni si sviluppò in

12) CGCE, sent. del 11/11/1981, in causa 203/80, *Racc.* p.2595ss.

13) Sul tema v. per tutti: LUZZATTO, *La circolazione di capitali: una libertà dimezzata?*, in *Dir. comunitario Scambi internaz.*, 1982, p.411ss.; MENGOZZI, *Un contributo della Corte di Giustizia delle Comunità europee ad un chiarimento del regime della circolazione dei capitali*, in *Banca impr. Soc.*, 1983, p.223ss. ID., *Il diritto della Comunità europea*, Padova, 1990, p.349-356; PANICO, *La libera circolazione dei capitali*, in (AA.VV.) *Diritto comunitario* (UTET), Torino, 1984, voll.II, p.191ss.; ROSSI, *Il buon funzionamento del mercato comune*, Milano 1990, p.93-120; TESAURO, *Liberalizzazione dei capitali e disciplina comunitaria*, in *Dir. e pratica tributaria*, 1981, I, p.593.

Italia quella vischiosa rete di vincoli che dava luogo al "diritto valutario"), nel 1988 fu adottata una direttiva (n°88/361<sup>14</sup>) di tipo nuovo, che, a partire dal 1/7/1990, liberalizzava completamente i movimenti di capitale, formulandone un elenco a fini meramente esemplificativi. L'art.4 della direttiva contiene una clausola di salvaguardia, secondo la quale "le disposizioni della presente direttiva non pregiudicano il diritto degli Stati membri di adottare le misure indispensabili per impedire le infrazioni alle leggi e ai regolamenti interni, specialmente in materia fiscale o ai fini di una sorveglianza cautelare degli istituti finanziari, o di stabilire procedure di dichiarazione dei movimenti di capitali a scopo di informazione amministrativa o statistica." È tuttavia specificato che "l'applicazione di queste misure e procedure non può avere l'effetto di ostacolare i movimenti di capitali operati conformemente alle disposizioni del diritto comunitario".

Sebbene in larga misura rispettata, la direttiva in esame pone problemi di compatibilità con talune normative nazionali che limitano l'uso di contanti nei rapporti con l'estero. In proposito va menzionata una recente iniziativa della Commissione delle Comunità, che nel giugno 1994 ha inviato un parere motivato, nel quadro di una procedura di infrazione, all'Italia, con riferimento all'art.3 del DL. n°167/90 (poi convertito nella legge 4/8/1991 n°227), che vieta (art.3) l'importazione o l'esportazione al seguito o mediante plichi postali di lire, di valute o di titoli al portatore per un valore superiore ai 20 milioni. La Commissione sta studiando l'introduzione di un analogo ricorso anche contro la Spagna, che sottopone ad autorizzazione preventiva l'esportazione di contante oltre cinque milioni di pesetas e a dichiarazione preventiva l'esportazione di somme comprese fra uno e cinque milioni di pesetas; con riferimento alla normativa spagnola, sono inoltre pendenti alcuni ricorsi in via pregiudiziale, rinviati alla Corte di Giustizia *ex art.177 CE* da magistrati di quello Stato<sup>15</sup>.

È indubbio che le citate normative costituiscono ostacoli alla libera circolazione dei capitali; esse però potrebbero essere giustificate per motivi di carattere fiscale, ai sensi della direttiva, purchè non risultino sproporzionate. La Corte di Giustizia mostra di ritenere sproporzionata ogni misura che non sia necessaria, il che si verifica là dove siano possibili e sufficienti

14) In GUCE L 178/5 del 8/7/1988.

15) In particolare le cause C 358/93, e C 416/93. La legge è pubblicata in BOE, 27/12/1991, p.3013ss.

allo scopo altre forme meno gravose di controllo. Tuttavia, se si considera che le finalità che stanno dietro al c.d. "monitoraggio" ed al divieto di esportare contanti oltre il limite stabilito assolvono funzioni non solo di controllo fiscale, ma anche di lotta al riciclaggio, esse potrebbero ritenersi in parte giustificate in quanto rispondono ad un'esigenza che, come dimostra l'adozione della direttiva del 1991, è avvertita come meritevole di tutela anche dall'ordinamento comunitario. In particolare, tale finalità, anche se non arriva forse a giustificare il divieto di esportazione italiano e la necessità di autorizzazione preventiva spagnola, potrebbe con tutta probabilità ammettersi come legittimo un obbligo di dichiarazione preventiva.

A favore di una simile interpretazione potrebbe invocarsi la sentenza *Lambert*<sup>16</sup>, con cui la Corte ha ammesso la legittimità di norme lussemburghesi che vietavano l'importazione di contanti, argomentando che il pagamento in contanti non rientra nei sistemi usuali di pagamento delle transazioni internazionali.

La stessa può inoltre trovare supporto anche nel Trattato di Maastricht, il quale, a decorrere dal 1/1/1994, ha sostituito le precedenti norme del Trattato CEE sulla libera circolazione dei capitali. Innanzitutto il nuovo art.3 lett.c) integra pienamente tale libertà, sullo stesso piano delle altre, nel mercato interno. Inoltre l'art.73 B vieta tutte le restrizioni ai movimenti di capitali e ai pagamenti correnti, non solo fra gli Stati membri, ma anche tra questi e i Paesi terzi (con l'eccezione, relativamente a questi ultimi, per le restrizioni vigenti al 31/12/1993 in materia di investimenti diretti, le quali rimangono impregiudicate). Il Consiglio delle Comunità, nei confronti di Paesi terzi, potrà adottare misure di liberalizzazione a maggioranza qualificata, e ulteriori restrizioni all'unanimità. Il Trattato fissa dunque un "doppio binario" per quel che riguarda rispettivamente la circolazione dei capitali intracomunitaria e quella da e verso i Paesi extracomunitari, per i quali soltanto è possibile mantenere o adottare restrizioni.

Ma la disposizione più interessante ai fini del problema qui in esame è sicuramente l'art.73 D, lett.b), il quale dispone che l'art.73 B non pregiudica il diritto degli Stati membri di "prendere tutte le misure necessarie per impedire la violazione della legislazione e delle regolamentazioni nazionali, in particolare nel settore fiscale e in quello della vigilanza

16) CGCE, sent. del 14/7/1988, in causa 308/86.

prudenziale sulle istituzioni finanziarie, o di stabilire procedure per la dichiarazione dei movimenti di capitali a scopo di informazione amministrativa o statistica, o di adottare misure giustificate da motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza". Se la prima parte di questa disposizione riecheggia l'art.4 della direttiva del 1988, l'introduzione dell'eccezione dell'ordine pubblico costituisce una novità assoluta nella materia in esame in cui, diversamente che per le altre tre libertà fondamentali previste dal Trattato CEE (libera circolazione delle merci, dei servizi e delle persone) essa, forse proprio per la mancanza di diretta efficacia delle relative disposizioni, era del tutto assente. Ciò anche se lo stesso art.73 D precisa poi (al pari della direttiva del 1988), che le misure in oggetto non devono costituire un mezzo di discriminazione arbitraria né una restrizione dissimulata al libero movimento dei capitali e dei pagamenti di cui all'art.73 B.

Proprio tale eccezione potrebbe dunque offrire agli Stati membri la possibilità di giustificare talune norme antiriciclaggio eventualmente restrittive della libera circolazione dei capitali qualora si possa dimostrarne la necessità e proporzionalità alla luce dello scopo perseguito.

### ***2.3. Le competenze dell'Unione Europea previste dal Titolo VI del Trattato di Maastricht. Gli Accordi di Schengen.***

Come emerge dall'analisi fin qui svolta, la regolamentazione del mercato finanziario costituisce solo uno degli strumenti con cui si può agire a livello internazionale per contrastare i fenomeni di criminalità. Ad esso occorre infatti affiancare la cooperazione fra le autorità degli Stati. In proposito occorre osservare che la cooperazione intergovernativa nella lotta al riciclaggio non è un fatto nuovo nelle relazioni fra gli Stati membri della Comunità. Da tempo infatti, nell'ambito della cooperazione politica (e quindi al di fuori del quadro comunitario in senso stretto), si è verificata un'intensa attività di consultazione reciproca e coordinamento in seno a vari Gruppi e Comitati, di cui i più noti sono il Gruppo *TREVI* (Terrorismo, Razzismo, Estremismo, Violenza Internazionali), cui partecipano i rappresentanti dei ministri degli Interni degli Stati membri e il *CELAD* (Comitato Europeo Lotta Anti Droga), operante nel campo della lotta al traffico di stupefacenti<sup>17</sup>.

---

17) Sul tema v. PORRO, *Le competenze comunitarie per la lotta alla droga e al traffico di stupefacenti*, in *RDIPP*, 1992, p.29ss.; VAN DER VAEREN, *Le comité européen de lutte anti-drogue (CELAD). Essai d'analyse institutionnelle*, *Rev. Marché Commun et de l'Union européenne*, 1993, p.207ss.

Una razionalizzazione, un potenziamento e, si spera, anche una maggiore trasparenza dei lavori intrapresi dai vari comitati saranno determinati dal Trattato di Maastricht. Quest'ultimo prevede, nel Titolo VI, una cooperazione nei settori della Giustizia e degli Affari interni, la quale si estende, fra l'altro (saranno qui esaminate solo le competenze in materia penale), alla frode su scala internazionale, alla cooperazione giudiziaria in materia penale, e alla cooperazione di polizia ai fini della prevenzione e della lotta contro il terrorismo, il traffico illecito di droga e altre forme gravi di criminalità internazionale, compresi se necessario taluni aspetti di cooperazione doganale (art.K 1). È inoltre prevista l'istituzione a livello dell'Unione di un sistema di scambio di informazioni in seno ad un Ufficio europeo di polizia (Europol). In conformità con il principio di sussidiarietà, la competenza dell'Unione è destinata ad affiancarsi e non a sostituirsi a quella degli Stati membri per il mantenimento dell'ordine pubblico e della sicurezza interna. Nelle materie citate, il Consiglio deciderà all'unanimità. Un ruolo particolarmente importante è svolto dal nuovo Comitato di coordinamento (previsto dall'art.K 4), che dovrebbe assorbire le funzioni dei molti gruppi e comitati preesistenti, formulando pareri e contribuendo ai lavori del Consiglio. Il Trattato prevede poi che la Commissione comunitaria sia pienamente associata ai lavori e che il Parlamento europeo ne sia regolarmente informato. La prassi sin qui verificatasi si caratterizza tuttavia per la massima segretezza, sollevando problemi di legittimità e di mancanza di controllo democratico.

Nei settori sopra illustrati, gli Stati membri si informano e si consultano reciprocamente, in seno al Consiglio, per coordinare la loro azione; a tal fine essi instaurano una collaborazione tra i servizi competenti delle relative amministrazioni (art.K 3). Quanto agli strumenti utilizzabili, il Consiglio potrà adottare azioni comuni e posizioni comuni, nonché elaborare convenzioni internazionali, di cui raccomanderà l'adozione agli Stati membri.

Le posizioni comuni consistono in dichiarazioni politiche dell'Unione e non dei singoli Stati, che fissano linee generali e programmi d'azione (è in corso di adozione una posizione comune sulle intercettazioni telefoniche); esse saranno utilizzate anche nella partecipazione dell'Unione a conferenze o ad organizzazioni internazionali. Le azioni comuni si traducono invece in attività concrete (sono state adottate, ad esempio, un'azione comune contro le frodi finanziarie ed un'azione di polizia in materia di droga). Lo strumento delle Convenzioni dell'Unione (le quali dovranno essere ratificate da tutti gli Stati membri e potranno prevedere la competenza della Corte di Giustizia comunitaria) dovrebbe trovare applicazione anche in relazione alla costituzione dell'Europol. Attualmente, tuttavia, l'unità Europol-

droga, con sede all'Aja, è stata varata con un semplice accordo ministeriale. Tale unità avrà funzioni di scambi di dati connessi al traffico di droga e al riciclaggio dei proventi di esso e di preparazione di rapporti generali. Quanto agli scambi di dati, la tendenza in atto (già presente negli Accordi di Schengen, di cui si dirà oltre) è quella non di costituire nuove banche-dati internazionali, ma di predisporre dei collegamenti fra le banche nazionali esistenti, disciplinandone rigorosamente le modalità di accesso. In futuro, l'Europol dovrebbe avere altre competenze in relazione alla criminalità organizzata, ai grandi crimini e (ma vi sono resistenze in proposito) forse anche al terrorismo, nonchè al riciclaggio dei proventi derivanti da tali reati.

Più recentemente, la Commissione delle Comunità europee ha adottato, il 23/6/1994, una Comunicazione concernente un piano d'azione dell'Unione Europea in materia di lotta contro la droga per il 1995-1999<sup>18</sup>, il quale prevede l'attuazione completa della direttiva del 1991 in tutti gli Stati membri, nonchè la ratifica e l'esecuzione da parte degli stessi delle Convenzioni di Vienna e di Strasburgo, il ricorso alle possibilità offerte dal Titolo VI del Trattato dell'Unione ed un adeguato raccordo con le organizzazioni ed i gruppi internazionali (quali il Consiglio d'Europa ed il GAFI) che agiscono in materia.

Vanno in fine ricordati, anche se intervengono sul piano del diritto internazionale e solo fra nove Stati membri dell'Unione (Gran Bretagna, Irlanda e Danimarca non vi hanno aderito) l'Accordo di Schengen del 1985 e la sua Convenzione di applicazione del 1990, che dovrebbe entrare in vigore nel marzo 1995, fra i Paesi firmatari (ad esclusione di Italia e Grecia). Essi rappresentano probabilmente solo una fase transitoria rispetto alla realizzazione delle competenze previste nel quadro dell'Unione Europea. Oltre ad una vasta gamma di competenze in materia di controllo dell'immigrazione, essi prevedono una cooperazione di polizia particolarmente avanzata, che consente l'inseguimento oltre frontiera e l'osservazione a distanza, in relazione ad una serie di reati comprendenti, fra gli altri, il furto e la ricettazione aggravati, l'estorsione, il rapimento, il traffico illecito di stupefacenti e la violazione di norme relative alle armi e agli esplosivi. La Convenzione contiene poi disposizioni in materia di estradizione, di assistenza giudiziaria in materia penale e di trasferimento dei procedimenti repressivi. Gli artt. 71 e 72 della Convenzione di applicazione, prevedono (per la verità, senza aggiungere molto alle disposizioni internazionali sopra esaminate) che le Parti contraenti adottino le norme necessarie a prevenire e reprimere

---

18) (COM 94 234 final).

mere il traffico di stupefacenti e a permettere il sequestro e la confisca dei prodotti del traffico illecito di stupefacenti. Gli Accordi prevedono infine la creazione del S/S (Sistema Informativo Schengen), costituente un network di banche dati nazionali, che, con particolari modalità e cautele, potranno essere utilizzate e lo scambio dei dati informatizzati nelle materie rientranti nell'ambito degli Accordi stessi.

### 3. Conclusioni.

L'analisi sin qui svolta mostra la molteplicità delle iniziative internazionali contro il riciclaggio e le due grandi linee d'azione su cui esse si incentrano: l'armonizzazione in materia penale e finanziaria e la cooperazione fra Autorità di polizia e giudiziarie degli Stati.

Sotto il primo profilo emerge, a mio avviso, una certa vischiosità nella capacità decisionale degli Stati, i quali, anche per i rilevanti interessi economici in gioco, tendono ad applicare in maniera riduttiva i grandi principi proclamati a livello internazionale. Un esempio di ciò può ricavarsi dall'apparente difficoltà, per molti Stati, di allontanarsi dalla ristretta nozione di reato presupposto di cui alla Convenzione di Vienna.

Una maggiore incisività si manifesta invece sul versante della cooperazione in materia giudiziaria e di polizia. Un problema che si pone, soprattutto con riferimento alla seconda, è quello dello scarso controllo democratico esercitabile su di essa, determinato non solo dalle modalità di svolgimento (a livello informale, in comitati e gruppi), ma anche e soprattutto dal carattere strettamente intergovernativo e riservato dei negoziati. Se infatti la segretezza è indubbiamente giustificata in relazione ad azioni operative di polizia, sembra tuttavia necessario che, nella elaborazione delle Convenzioni e degli altri atti internazionali, alla fissazione di un quadro precostituito di garanzie e di obblighi (si pensi ad esempio al problema della tutela della libertà individuale di fronte al trattamento informatizzato di dati personali)<sup>19</sup>, siano chiamati anche i Parlamentari degli Stati e non solo i rappresentanti delle Amministrazioni che dovranno in concreto applicare dette garanzie e rispettare degli obblighi.

---

19) Sul tema v. ROSSI, *La protezione dei dati personali negli accordi di Schengen alla luce degli standards fissati dal Consiglio d'Europa e dalle Comunità europee*, in Atti del Convegno: "Da Schengen a Maastricht - 1993: apertura delle frontiere, cooperazione giudiziaria e di polizia", Torino, 30-31 ottobre 1993, in corso di pubblicazione.

ANDREA CANO

LA NORMATIVA PENALE SVIZZERA ANTIRICICLAGGIO



## 1. Cenni introduttivi.

Il fenomeno del riciclaggio di denaro proveniente da attività criminose ha assunto dimensioni tali da non poter essere più considerato un semplice problema di ordine pubblico interno di ogni singolo Stato.

L'enorme massa di capitali illeciti che il crimine organizzato immette in circolazione costituisce infatti, al momento attuale e sempre di più in prospettiva, un fattore di destabilizzazione suscettibile di alterare gravemente lo stesso sistema dell'economia di mercato e della concorrenza, attraverso l'acquisizione indebita di posizioni di predominio nel mercato e nelle strutture societarie<sup>1</sup>.

La dimensione internazionale o, per meglio dire, "globale" della criminalità organizzata e delle attività di riciclaggio ad essa collegate richiedono perciò risposte altrettanto efficienti, coordinate e, aggiungeremmo, flessibili.

Se, infatti, la maggior parte dei profitti illeciti conseguiti dalle organizzazioni criminali si riferisce alla commissione di reati dalla struttura materiale abbastanza tradizionale (traffico di stupefacenti, sequestro di persona, estorsioni; ultimamente è tornata in auge anche l'usura), la delicata fase del riciclaggio, per poter conseguire lo scopo non solo di conservare i profitti, ma anche di rafforzare l'organizzazione criminale medesima, rendendo ad essa agevole uno sviluppo costante e capacità operative in continua crescita, deve concretizzarsi in comportamenti particolarmente insidiosi nel contaminare attività lecite, al di fuori del contesto di violenza personale tipico dei reati antecedenti a cui si è accennato.

La "situazione complessa" che si viene a creare intorno al fenomeno del riciclaggio sta determinando, nelle singole legislazioni nazionali, una spiccata tendenza ad introdurre una sorta di "legislazione di sostegno",

---

1) In tal senso, cfr. FLICK, *Intermediazione finanziaria, informazione e lotta al riciclaggio*, in *Riv. soc.*, 1991, pp.449-450.

talvolta non necessariamente penale<sup>2</sup>, in collegamento con la disposizione principale che sanziona la vera e propria dissimulazione dei capitali illeciti: si tratta, per lo più, di norme che facilitano il sequestro o la confisca dei proventi di natura sospetta, o di fattispecie di associazione per delinquere che agevolano il riconoscimento e l'imputazione delle attività criminali organizzate.

L'efficacia di una disposizione di diritto penale sostanziale sul riciclaggio è in effetti particolarmente legata, da un lato, ad un contesto di reali possibilità operative giudiziarie e, dall'altro, alla corretta osservanza di obblighi da parte di soggetti qualificati, operanti nel settore bancario e finanziario.

Un ulteriore problema di metodo riguarda inoltre la scelta della "situazione" che precede il riciclaggio: si tratta di stabilire se la scoperta di tale reato sia maggiormente agevolata dal collegamento con qualsiasi illecito antecedente, o se sia preferibile punire con una norma specifica solo il riciclaggio direttamente connesso ad una serie determinata di reati e solo a quelli.

In proposito, è emblematica l'evoluzione della legislazione italiana: il riciclaggio è stato introdotto già nel 1978, con l'art. 648bis, per punire la sostituzione di denaro o valori provenienti dai delitti di rapina aggravata, estorsione aggravata e sequestro di persona a scopo di estorsione<sup>3</sup>; nel 1990, con la riformulazione della disposizione citata, all'elenco dei reati antecedenti si sono aggiunti quelli relativi alla produzione o al traffico di sostanze stupefacenti o psicotrope, con l'aggiunta di una fattispecie di ostacolo al-

---

2) Sul fatto che il sistema penale non debba necessariamente essere l'unico strumento di controllo della circolazione dei capitali, cfr. COLOMBO, *Il riciclaggio*, Milano, 1990, p.3. Per un aggiornamento sulla complessa stratificazione dei provvedimenti attinenti al riciclaggio nella legislazione italiana, cfr. DI GIOVINE, *Antichi schemi e nuove prospettive nella lotta alla criminalità organizzata Dall'art. 708 C.P. all'art. 12-quinquies D.L. 8 giugno 1992, n°306*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, pp.117ss. .

3) Nella sostanza, l'art. 648bis CP, nonostante la rubrica del 1978 parlasse espressamente di "sostituzione di valori" e non di "riciclaggio", costituisce il primo "nucleo logico" di quest'ultimo concetto, che attualmente ha assunto un significato giuridico più ampio. In effetti, la "sostituzione" di denaro identifica forse, nel linguaggio del legislatore del 1978, un momento più "statico" dell'attività delinquenziale, relativo alla sola operazione immediata di dissimulazione degli averi illeciti, mentre un concetto di riciclaggio più aggiornato appare immediatamente proiettato verso le conseguenze future e possibili del reimpiego, per così dire, "attivo" dei capitali, pur tenendo conto della creazione di nuove e più selettive fattispecie.

l'identificazione della provenienza delittuosa dei valori in questione. Nel medesimo contesto, collegata al ridefinito riciclaggio (ex-sostituzione dei valori quanto alla rubrica), veniva introdotto nel CP l'art.648ter, con lo scopo di punire, specificamente, non più il solo "mascheramento" dell'origine illecita dei proventi, bensì il loro *impiego* in attività economiche o finanziarie (con pena aggravata se il fatto è commesso nell'esercizio di un'attività professionale), fermo restando il riferimento alla serie definita di reati a cui si è accennato.

La disciplina sostanziale italiana del riciclaggio ha subito, recentemente, un'ulteriore evoluzione ad opera della l. 9 agosto 1993, n°328, allorquando, in caso di riciclaggio vero e proprio (648bis) e in caso di impiego, anche da parte di operatori professionali, di denaro, beni o utilità di provenienza illecita in attività economiche o finanziarie (648ter), il riferimento ai reati antecedenti è ora rivolto, rispettivamente, ai delitti non colposi e a tutti i delitti in generale: viene così fortemente attenuata la delimitazione particolare della situazione antecedente al riciclaggio, fatto questo che appare, in retrospettiva, legato alla specifica evoluzione delle manifestazioni criminali e alla loro recezione nella coscienza sociale.

Ciò dovrebbe significare che le attività criminali organizzate costituiscono ormai un serio pericolo in qualsiasi contesto<sup>4</sup>, benché il traffico di stupefacenti rimanga per esse un'attività di grande rilievo: basti pensare al ruolo, già chiaro e identificabile, del crimine organizzato nel traffico clandestino di armi, nonché di materiale nucleare di origine militare proveniente dai Paesi dell'Est.

Quanto alle norme idonee a produrre utili sinergie nella lotta al riciclaggio, l'ordinamento italiano disponeva già sia dell'associazione per delinquere per così dire "semplice" (di cui all'art.416 CP) che (dal 1982) dell'associazione di tipo mafioso (di cui all'art.416bis CP), mentre, con la già citata l. 328/93, sono state introdotte disposizioni atte a facilitare le indagini internazionali su beni che possono divenire oggetto di sequestro o di confisca.

Nell'ambito di una legislazione "di sostegno" piuttosto frammentaria, assumono altresì specifico rilievo le disposizioni sugli obblighi di identificazione e registrazione e sulla segnalazione di operazioni sospette<sup>5</sup>, nonché

---

4) Sul punto, cfr. FLICK, *Le risposte nazionali al riciclaggio di capitali - La situazione in Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, pp.1289-1290.

5) Cfr. l'art.13 della l. 6/2/80, n°15, così come sostituito dall'art.2 del DL 3/5/91, n°143 e recepito nella Legge di conversione 5/7/1991, n°197.

la fattispecie del trasferimento fraudolento di valori<sup>6</sup>.

Fatta questa premessa, necessaria per porre in evidenza, nel prosieguo, differenze e analogie fra gli strumenti normativi predisposti dai diversi ordinamenti, è ora il caso di esporre le linee di intervento essenziali poste in essere dal legislatore elvetico in materia di riciclaggio.

Con Legge federale (LF) del 23 marzo 1990 (quindi in tempi abbastanza recenti), sono state introdotte nel Codice penale svizzero (CPS) due nuove fattispecie: il riciclaggio di denaro (art.305bis) e la carente diligenza in operazioni finanziarie (art.305ter).

Successivamente, con LF del 18 marzo 1994, due ulteriori modifiche hanno interessato il CPS: l'una ha riveduto la disciplina della confisca di oggetti o di valori patrimoniali che costituiscono profitto di reato (cfr. la nuova formulazione degli artt. 58, 59 e 60), mentre l'altra ha dato accesso per la prima volta nell'ordinamento penale elvetico, con l'art.260ter, al reato di "organizzazione criminale", espressamente concepito, come vedremo, per rendere più efficiente la lotta al crimine organizzato in ogni situazione, compresa la fase del riciclaggio dei proventi illeciti. Con la stessa disposizione di legge federale, è stato inoltre aggiunto un secondo comma all'art. 305ter, mediante il quale gli operatori finanziari professionali hanno ora il diritto di comunicare alle autorità penali e a quelle amministrative designate dalla Legge eventuali sospetti sulla provenienza criminosa di valori patrimoniali facenti capo ai loro clienti.

Infine, "de iure proximo", si attende l'approvazione di una nuova "Legge federale relativa alla lotta contro il riciclaggio", il cui progetto dovrebbe ormai essere nella fase finale della procedura di consultazione.

Come si vede, benchè il primo intervento in materia di riciclaggio si sia fatto attendere, il legislatore elvetico sta procedendo con una certa alacrità ai necessari aggiornamenti, condotti oltretutto avendo di mira l'adeguamento alle direttive e alle convenzioni della Comunità europea in materia di riciclaggio<sup>7</sup>, nonostante la mancata adesione della Svizzera allo Spazio economico europeo come primo passo verso la definitiva adesione alla CE.

---

6) Cfr. l'art.12quinquies, primo comma, del DL 8/6/92, n°306, recepito nella Legge di conversione 7/8/92, n°356.

7) Ricordiamo che la Svizzera, con Decreto federale 11/5/93, ha ratificato la Convenzione n°141 del Consiglio d'Europa sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato, mentre le più importanti modifiche legislative hanno tenuto conto anche della direttiva CE n°308/91.

## 2. Il riciclaggio di denaro (art. 305 bis CPS)

Passiamo ora all'esame delle singole disposizioni, tenendo presente che il sistema penale elvetico ha adottato la concezione tripartita del reato. Le violazioni aventi rilevanza penale si suddividono pertanto in contravvenzioni (che beneficiano di una regolamentazione particolare, in parte al di fuori del CPS), delitti e crimini. Le ultime due specie di reati si distinguono fra loro per il tipo di pena comminata: per i delitti (considerati meno gravi rispetto ai crimini) la detenzione, mentre per i crimini è prevista la reclusione<sup>8</sup>. Per decidere se si è in presenza di un crimine bisogna riferirsi alla pena massima prevista nel CPS per l'infrazione antecedente. In taluni casi, per uno stesso reato, sono previste diverse specie di pena, in alternativa fra loro.

L'art. 305bis CPS dispone che "Chiunque compie un atto suscettibile di vanificare l'accertamento dell'origine, il ritrovamento o la confisca di valori patrimoniali, sapendo o dovendo presumere che provengono da un crimine, è punito con la detenzione o con la multa (primo capoverso).

Nei casi gravi, la pena è della reclusione fino a cinque anni o della detenzione. La pena privativa della libertà è cumulata con la multa fino a un milione di franchi.

Vi è caso grave segnatamente se l'autore:

- a) agisce come membro di un'organizzazione criminale;
- b) agisce come membro di una banda costituitasi per esercitare sistematicamente il riciclaggio;
- c) realizza una grossa cifra d'affari o un guadagno considerevole facendo mestiere del riciclaggio (secondo cpv.).

L'autore è punibile anche se l'atto principale è stato commesso all'estero, purchè costituisca reato anche nel luogo in cui è stato compiuto" (terzo cpv.).

Tenendo presente la tripartizione dei reati a cui si è accennato, il riciclaggio può dunque configurarsi sia come delitto (primo cpv.) che, nella forma aggravata, come crimine (secondo cpv.), sia pure in alternativa ad una possibile derubricazione, lasciata al prudente apprezzamento del giudice.

---

8) In particolare, la reclusione può durare da un minimo di un anno ad un massimo di venti (art.35 CPS), mentre la detenzione va da un minimo di tre giorni ad un massimo di tre anni (art.36 CPS).

Ciò che qui interessa è cogliere la volontà del legislatore di punire gli episodi di riciclaggio aventi come situazione antecedente tutti i reati gravi (i crimini, appunto, fra i quali la rapina aggravata e l'estorsione, così come le violazioni alla Legge federale sugli stupefacenti), senza tuttavia porre una limitazione ai reati di massima gravità, visto che, nel contesto della criminalità organizzata, anche violazioni non certo estreme possono diventare veicolo di riciclaggio (si pensi, ad. es., alla contraffazione di cartevalori o al furto di assegni organizzato da una banda); la soluzione adottata ha oltretutto il pregio di consentire adeguamenti automatici in caso di aggiunta di nuove fattispecie appartenenti al genere considerato.

Ciò premesso, si può rilevare come la forma aggravata del riciclaggio rispecchi le situazioni che destano maggiore allarme sociale: l'appartenenza ad un'organizzazione criminale o ad una banda, la realizzazione di cospicui guadagni grazie al mascheramento dell'origine criminale dei proventi per mezzo del riciclaggio compiuto. I casi gravi di riciclaggio possono dunque, a loro volta, diventare reati antecedenti<sup>9</sup>, anche se commessi all'estero.

I reati descritti dall'art. 305bis CPS (riciclaggio come delitto o come crimine ai sensi dell'art. 9 CPS) sono considerati dalla dottrina elvetica comuni (potendo essere compiuti da chiunque, e non soltanto da operatori professionali)<sup>10</sup>, e di pericolo astratto<sup>11</sup>, in quanto il legislatore non ha inserito il pericolo fra i requisiti espliciti della fattispecie incriminatrice, ma si è limitato a tipizzare la sola condotta, consistente in ogni atto idoneo a vanificare l'accertamento dell'origine, il ritrovamento o la confisca di valori patrimoniali provenienti da un crimine. A tal fine, sono considerati oggetto del reato anche i valori pecuniari che, pur non essendo immediatamente riconducibili al reato antecedente, ne sono la logica conseguenza economica<sup>12</sup>.

---

9) Cfr., in tal senso, il *Messaggio a sostegno di una modifica del Codice penale svizzero (legislazione sul riciclaggio di denaro sporco e sulla carente diligenza in operazioni finanziarie)* del 12 giugno 1989, pubblicato sul Foglio federale n°28, vol. II, del 18 luglio 1989, p.858.

10) Così SCHMID, *I problemi di applicazione della norma penale sull'insider trading e la fattispecie penale del riciclaggio di denaro*, in AA.VV., *Vigilanza bancaria e riciclaggio*, Lugano, 1992, p.59.

11) Così SCHMID, cit., p.68.

12) Sul punto, cfr. GRABER, *Geldwäscherei - Ein Kommentar zu Art. 305 bis und 305 ter StGB*, Bern, 1990, pp. 119 e ss.; SCHMID, cit., pp.59-60.

Una questione fondamentale riguarda le modalità di accettazione dei proventi delittuosi da parte di operatori professionali: in particolare, non è chiaro se il mero accredito su un conto, senza che venga compiuto alcun atto ulteriore di disposizione, costituisca, di per sè, una forma di riciclaggio di denaro<sup>13</sup>; i lavori preparatori tacciono sul punto, preferendo (esplicitamente) rimandare il problema al concreto apprezzamento dei Tribunali.

In effetti, l'accettazione consapevole di valori aventi origine illecita può senz'altro costituire il primo gradino del riciclaggio, anche se, in proposito, è difficile trarre conclusioni univoche: lo stesso atto di deposito potrebbe costituire, infatti, una garanzia di riconoscibilità e di reperimento dei proventi illeciti a favore delle autorità inquirenti, qualora vengano osservate scrupolosamente le dettagliate norme delle convenzioni di diligenza interbancarie; per altro verso, la direttiva CE n°308/91, relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività illecite<sup>14</sup>, mentre una concezione particolarmente "etica" delle istituzioni economiche perseguirebbe con convinzione lo scopo di evitare qualsiasi forma di utilizzo del sistema bancario da parte della criminalità<sup>15</sup>.

Non sembra tuttavia irragionevole ritenere che, sulla base del tenore letterale della norma, in margine all'imputazione di riciclaggio per la mera accettazione di proventi delittuosi debba comunque essere dimostrata la volontà dell'agente di vanificare, con il suo comportamento, le misure atte a garantire il ritrovamento e la confisca dei valori stessi<sup>16</sup>.

Per quanto riguarda l'elemento soggettivo, il riciclaggio si configura come delitto doloso, anche nella forma del dolo eventuale, così come risulta dalla formulazione "sapendo o dovendo presumere", mutuata dalla fattispecie legale della ricettazione. Perchè si configuri il reato, è necessaria

---

13) Cfr.: *Messaggio*, cit., p.859; LOMBARDINI, *La lotta contro il riciclaggio: la Direttiva europea del 10 giugno 1991 e l'esperienza svizzera*, in *Cass. pen.*, 1993, p.2686.

14) Pubblicata sulla *GUCÉ*, n° L 166 del 28/6/91.

15) Cfr., sul punto, il *Messaggio concernente la ratificazione della Convenzione n°141 del Consiglio d'Europa sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato* del 19 agosto 1992, pubblicato sul Foglio federale n°42, vol. VI, del 20 ottobre 1992, p.19.

16) In tal senso, cfr. SCHMID, cit., p.69.

l'intenzionalità con riferimento a tutti gli elementi costitutivi della fattispecie, ivi compresa, come si è detto, la consapevolezza che il proprio comportamento è atto a rendere più difficile l'accertamento dell'origine, il ritrovamento o la confisca dei valori, mentre la coscienza del rischio sulla effettiva provenienza di essi può essere resa attuale da qualsivoglia indizio idoneo ad instillare il dubbio.

Resta comunque applicabile la disciplina dell'errore sul fatto, di cui all'art. 19 CPS, qualora il colpevole abbia avuto motivi sufficienti per credere che il riciclaggio fosse collegato ad un delitto e non ad un crimine, venendo meno, in tal caso, la punibilità. Il caso prospettato potrebbe avere una certa frequenza nelle relazioni economiche professionali, specie quando l'imputato di riciclaggio sia stato intenzionalmente ingannato dal precedente autore sulla vera natura del reato antecedente, ad esempio inducendo un operatore finanziario a credere che i proventi proposti in deposito provenissero da un delitto fiscale, irrilevante per l'applicazione dell'art. 305bis, mentre in realtà l'origine illecita dei valori patrimoniali doveva essere ricercata nel traffico di stupefacenti<sup>17</sup>.

L'applicazione della disciplina dell'errore non è però indiscriminata: infatti, se l'autore non ha un'idea precisa dell'origine dei valori, perché possa configurarsi il reato basta che l'agente, a titolo di dolo eventuale, si sia rappresentato la possibilità dell'origine criminosa dei proventi, e ciò nonostante abbia compiuto l'atto in questione<sup>18</sup>.

E' viceversa esclusa l'imputazione per colpa, così come non sussiste alcuna presunzione di prova sfavorevole per l'imputato<sup>19</sup>. In proposito, è da ricordare che l'estensore del progetto aveva a suo tempo proposto di punire il riciclaggio per colpa grave<sup>20</sup>, mentre il binomio punitivo riciclaggio-carente diligenza in operazioni finanziarie (fattispecie entrambe dolose) è emerso nel corso della procedura di elaborazione legislativa<sup>21</sup>.

La consapevolezza sull'origine criminosa dei valori può sorgere, tuttavia, anche successivamente al deposito, cioè nel caso in cui i valori

17) Così SCHMID, cit., p. 70.

18) Cfr. il *Messaggio* del 12 giugno 1989 sul riciclaggio, cit., p. 860, sub lett. b.

19) Id., sub. lett. a.

20) Cfr., sull'opportunità di punire il riciclaggio per negligenza grave, BERNASCONI, *Il riciclaggio di denaro nel diritto penale svizzero*, Rapporto esplicativo del 15 settembre 1986 con proposta di revisione legislativa (nuovo art. 305bis CPS), pp. 24-25 del dattiloscritto.

21) Cfr. MESSERLI, *Gli obblighi della banca rispetto ai valori patrimoniali di origine criminosa che le vengono affidati: l'identificazione dell'avente diritto economico e l'analisi del retroscena economico*, in *Vigilanza bancaria e riciclaggio*, cit., p. 41.

medesimi siano stati accettati in buona fede e osservando le norme sull'identificazione del cliente, mentre il dubbio sulla provenienza delittuosa si è affacciato a causa di indizi che, senza responsabilità dell'operatore, non si sono potuti considerare all'inizio della relazione professionale.

Sorge, a questo punto, il delicato problema di sapere se alle banche compete un dovere di denuncia che consenta l'intervento delle autorità penali a fini di confisca, e se siffatta, eventuale inattività configuri una forma di omissione intenzionale.

Al momento attuale, alle banche non viene imposto dalla legge un obbligo di denuncia per le attività delittuose commesse dai loro clienti o impiegati, e nemmeno un simile obbligo può essere desunto dall'art.305*bis* CPS: la configurazione di tale norma come fattispecie commissiva implica infatti che il soggetto debba compiere un'azione positiva atta ad impedire la determinazione della provenienza, il ritrovamento o la confisca dei valori.

Perchè possa essere integrata una fattispecie di riciclaggio in forma omissiva, è necessario che l'autore sia tenuto, legalmente o contrattualmente, ad attivarsi, cioè a compiere un'azione positiva destinata ad impedire le conseguenze dannose previste dalla fattispecie: in altre parole, all'agente dovrebbe incombere quello che viene chiamato "obbligo di garante". Senonchè, un dovere di tal genere è imposto solo eccezionalmente, in particolare ai funzionari giudiziari con obbligo di denuncia, mentre i funzionari di banca non possono essere considerati, normalmente, "garanti": in questo caso, dunque, l'omessa denuncia non comporterebbe la violazione dell'art.305*bis* CPS<sup>22</sup>.

L'unica eccezione è costituita dall'art.21, cpv. 4, della Legge federale sulle banche, secondo cui i revisori sono tenuti a riferire alla Commissione federale delle banche sui reati accertati nel corso della loro attività (compreso ovviamente il riciclaggio). Poichè il mero deposito di denaro illecito può costituire una fase del riciclaggio, il revisore che sia venuto a conoscenza della natura di tali depositi ha l'obbligo di riferire tale circostanza alla Commissione, in quanto, sotto questo aspetto, è garante verso di essa. Come si vede, tuttavia, questa particolare responsabilità è espressamente attribuita dalla legge ad una categoria di soggetti che hanno nei confronti delle banche una funzione ispettiva di carattere generale.

Diverso sarebbe invece il caso in cui la banca, interpellata dalle

22) In questo senso, cfr. SCHMID, cit., p.71.

autorità giudiziarie sulla provenienza dei valori, rispondesse intenzionalmente in modo inesatto o addirittura falso, per non perdere la relazione d'affari. Tale comportamento violerebbe certamente l'art.305bis, ed induce altresì a riflettere sull'opportunità di prevedere anche delle forme di violazione colposa. La pericolosità del comportamento vietato, consistente nel far perdere le tracce dei proventi di gravi reati, non viene certamente meno se il comportamento stesso è determinato da una specifica intenzione o da una sostanziale indifferenza verso le sollecitazioni delle autorità penali precedenti.

Riterremo perciò opportuno, *de jure condendo*, riprendere in considerazione la possibilità di introdurre figure di riciclaggio per colpa grave, come in passato è già stato proposto.

Costituirebbe infine riciclaggio la consegna al cliente o il trasferimento dei valori patrimoniali su un altro conto, dopo che si è avuta conoscenza dell'origine illecita. Nel primo caso, la banca interromperebbe la relazione d'affari in base ad una propria valutazione di convenienza, interrompendo tuttavia, con un atto specifico e volontario, la "pietra cartacea" (*paper trail*) che consente il reperimento e la confisca dei fondi, mentre nel secondo caso, sempre per mezzo di un atto volontario, la banca, a seconda della complessità del trasferimento, coopererebbe in modo decisivo alla dissimulazione dell'origine dei fondi, anche in questo caso ostacolando la ricerca o la confisca<sup>23</sup>.

L'operatore economico o finanziario coinvolto con buona fede iniziale in un'attività di riciclaggio potrebbe pertanto legittimamente, una volta al corrente dell'origine criminale dei fondi depositati presso di lui, rifiutarsi di compiere qualsiasi altro atto a favore del cliente, in quanto il dovere di diritto pubblico di non impedire la confisca prevarrebbe sull'obbligo civilistico di restituzione.

Sotto il profilo soggettivo, sembrerebbe quindi che la mera passività, osservata in seguito alla presa di coscienza dell'origine criminale dei valori patrimoniali, non sia idonea ad integrare la fattispecie di cui all'art.305bis, in quanto, di per sé, questo comportamento non costituisce un atto di vanificazione degli eventuali provvedimenti di competenza dell'autorità penale, almeno fino a quando non sarà introdotto uno specifico obbligo di denuncia alle medesime autorità.

23) Cfr. SCHMID, cit., pp.73-74.

Una volta delineata la fattispecie generale del riciclaggio, osserviamo come le aggravanti specifiche di cui al secondo comma dell'art.305bis costituissero, prima dell'entrata in vigore dell'art.260ter sulle organizzazioni criminali, l'unico presidio normativo specifico idoneo a creare una relazione logica fra lotta al crimine organizzato e lotta al riciclaggio.

Il "caso grave" di cui alla lett. a) dell'art.305bis, secondo comma, CPS si realizza se l'autore "agisce come membro di un'organizzazione criminale".

Si intende così contrastare il particolare grado di pericolosità insito in questa forma delinquenziale, basata sulla presenza di una organizzazione forte sia dal punto di vista del vincolo associativo che sotto il profilo finanziario, mentre in tale contesto la figura del riciclatore è quella di uno specialista locale al servizio di una struttura criminale che, per lo più, si troverebbe all'estero.

Nella nozione di organizzazione intesa dalla disposizione in esame rientrano caratteristiche di stabilità, l'inclusione nella propria attività del compimento di reati molto gravi e (a differenza della banda) la presenza di almeno tre membri<sup>24</sup>.

Il caso grave di cui alla lett. b) si realizza se l'autore "agisce come membro di una banda costituitasi per esercitare sistematicamente il riciclaggio".

Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, si è in presenza di una banda quando due o più persone si uniscono espressamente o implicitamente per commettere più reati, anche se non ancora definiti nei particolari<sup>25</sup>.

Se consideriamo che l'appartenenza ad una banda è, in sostanza, una sottocategoria dell'appartenenza ad un'organizzazione, la norma adempie alla necessità di ostacolare il potenziale di dissimulazione di un'associazione che ha per scopo la pratica sistematica del riciclaggio di denaro, avendo presente la pericolosità insita nel costituirsi di gruppi di specialisti che operano ripartendosi i compiti con grande efficienza<sup>26</sup>.

L'ultimo caso grave, descritto alla lett. c), si configura quando l'agente "realizza una grossa cifra d'affari o un guadagno considerevole facendo

24) Cfr. *Messaggio* del 12 giugno 1989, cit., p.861.

25) Cfr. STF 100 IV 220; 105 IV 181.

26) Cfr. *Messaggio* 12 giugno 1989, cit., p.862.

mestiere del riciclaggio”.

Si tratta della specifica “convenienza” ad esercitare il riciclaggio sistematico, in quanto attività materiale specialistica indispensabile ai percettori di capitali illeciti.

La differenza fra la fattispecie di riciclaggio semplice e quelle aggravate sembrerebbe dunque appuntarsi sulla specifica idoneità di queste ultime a contrastare gli atti posti in essere a scopo di riciclaggio dalla criminalità organizzata, nelle varie forme in cui essa si manifesta, mentre l'ipotesi semplice resta una norma generale, applicabile in una categoria di situazioni più ampia.

L'ultimo comma dell'art.305*bis* costituisce una disposizione speciale che consente espressamente l'intervento della giustizia penale svizzera anche nel caso, peraltro piuttosto frequente, in cui il reato antecedente sia stato commesso all'estero e l'operazione di riciclaggio in Svizzera. Poiché il riciclaggio si configura come reato contro l'amministrazione della giustizia, il bene giuridico tutelato, senza altre specificazioni, sarebbe di carattere esclusivamente nazionale; al contrario, la norma sul riciclaggio esprime la volontà di considerare il fenomeno pericoloso in ambito globale, senza trascurare alcuna implicazione.

### **3. La carente diligenza in operazioni finanziarie (art. 305 *ter* CPS).**

Con la riforma del 1990, il legislatore elvetico ha preso in considerazione anche i comportamenti degli operatori professionali che possono favorire episodi di riciclaggio. E' evidente che qualsiasi patrimonio di origine criminale resterebbe del tutto inutilizzato se non potesse accedere al circuito economico legale, e che tale accesso può essere assicurato solo attraverso soggetti o istituzioni perfettamente legali o che perlomeno vengano considerate tali negli ambienti economici.

Il delitto di cui all'art.305*ter* CPS risponde a questa esigenza di trasparenza, allorché dispone che “Chiunque, a titolo professionale, accetta, prende in custodia, aiuta a collocare o a trasferire valori patrimoniali altrui senza accertarsi, con la diligenza richiesta dalle circostanze, dell'identità dell'avente economicamente diritto, è punito con la detenzione fino a un anno, con l'arresto o con la multa”<sup>27</sup>.

27) Così il testo del 1990, che constava di un unico capoverso.

La definizione dei soggetti agenti, basata sulla categoria del reato proprio, tende ad inglobare, quale tipologia professionale, tutti gli operatori del settore finanziario: non soltanto i funzionari di enti bancari e parabancari, quindi, ma anche, ad es., i fiduciari, i consulenti in materia di investimenti, gli agenti di cambio, ed anche gli avvocati commercialisti o "avvocati d'affari"<sup>28</sup>.

L'attività si intende esercitata a titolo professionale quando procura una fonte d'entrata regolare anche se non esclusiva, e non ha carattere episodico o meramente accessorio:

La carente diligenza nelle operazioni finanziarie è concepita come reato di omissione intenzionale. L'omissione dell'identificazione dell'avente diritto economico è sufficiente a configurare la fattispecie oggettiva, essendo indifferente che i fondi considerati provengano da un reato<sup>29</sup>. In questi termini, si può parlare di fattispecie di pericolo astratto<sup>30</sup>, poichè viene perseguita una violazione formale, indipendentemente dalla messa in pericolo effettiva del bene giuridico protetto: la violazione delle regole formali di identificazione viene così considerata fonte di pericolo in sè, per il fatto di creare il terreno ideale per il riciclaggio.

Parte della dottrina elvetica considera l'art.305<sup>ter</sup> CPS un *Erfolgsdelikt*, cioè un reato di risultato, consistente nel dare la possibilità, ad una persona che conclude un'operazione con la banca o con un altro interlocutore professionale, di agire nell'anonimato, valendosi di terze persone (si parla comunemente di mascheramento)<sup>31</sup>. In concreto, la norma viene interpretata nel senso che, per poter emettere un giudizio di colpevolezza, occorre, oltre all'omissione degli accertamenti supplementari richiesti dalle circostanze, la prova del fatto che il partner contrattuale non è, in relazione ai valori patrimoniali affidatigli, la persona che di questi fondi ha piena e illimitata facoltà di disporre.

Questa soluzione ci sembra tuttavia contraria alla lettera e allo scopo della norma. La condotta vietata attiene infatti alla semplice omissione dell'accertamento, e non si spinge a definire le possibili conseguenze (o

28) Cfr. *Messaggio* 12 giugno 1989, cit., p.864.

29) Id., p.865.

30) Sostiene questa tesi GRABER, *Geldwäscherei*, cit., p.185.

31) In questo senso, cfr.: ARZT, *Zur Rechtsnatur des Art. 305 ter StGB*, in *SJZ*, n°86, 1990, p.189; MESSERLI, cit., p.50.

“risultati”) del comportamento omissivo, né profigura un evento come risultato della condotta medesima. In effetti, poichè è difficile prevedere quale possa essere l'esito di un accertamento, sembra ragionevole ritenere che, proprio a causa di questa componente di aleatorietà nella struttura materiale del reato, la norma in esame abbia lo scopo di ampiccare la tutela, considerando quale pericolo certo ed effettivo l'omissione dell'accertamento in quanto tale. In questi termini, emerge che solo la continuità e la serietà nell'esecuzione dei controlli possono offrire un primo, importantissimo strumento froibile nella difficile opera di selezione fra operazioni finanziarie lecite e illecite.

L'operatore economico professionale, dunque, ha l'obbligo di identificare l'avente diritto economico nel caso in cui sappia che il suo cliente è soltanto un intermediario; se questo accertamento viene omissso, il responsabile è punibile *ex art. 305ter*. In particolare, quando si afferma che il banchiere, in base alle circostanze, avrebbe dovuto concludere che l'avente diritto economico era una terza persona, la giurisprudenza attribuisce la relativa responsabilità a titolo di dolo eventuale, per aver accettato la possibilità della realizzazione di un comportamento vietato. Ciò, in concreto, significa che, se il banchiere crede alle affermazioni del suo cliente in merito all'effettiva titolarità dei fondi, sarà punibile solo nel caso in cui tutto porti a ritenere che l'affermazione sia falsa, e che tale falsità fosse riconoscibile usando della diligenza richiesta dalle circostanze. La totale passività (la quale, così intesa, sfocia in realtà in un'attività di sostegno dissimulata) in merito a circostanze di dubbio manifestatesi con evidenza costituirebbe così prova del fatto che il banchiere ha accettato l'eventualità di realizzare un comportamento perseguibile<sup>32</sup>.

Il tema della consapevolezza diventa, a questo punto, particolarmente delicato: non sempre, infatti, il confine fra dolo eventuale e colpa (negligenza) non punibile è perfettamente identificabile.

Per altro verso, non sarebbe ragionevole assoggettare a pena il banchiere per il fatto di aver intrattenuto relazioni d'affari con un intermediario, se sono state assunte in buona fede le indicazioni dal cliente, e non si possa dimostrare il contrario (cioè una mancanza di diligenza).

In questi termini, il banchiere in buona fede avrebbe il diritto di iniziare o di proseguire una relazione d'affari anche se permangono delle

32) Cfr. MESSERLI, cit., p.52.

incertezze (non dimostrabili), malgrado i chiarimenti iniziali. La Convenzione di diligenza dell'Associazione svizzera dei banchieri prescrive tuttavia, in proposito, che la banca deve rifiutare l'apertura del rapporto d'affari qualora rimangano "seri dubbi" sulla correttezza della dichiarazione scritta del cliente. In questo caso, si va oltre quanto richiesto dalla norma penale, e la disposizione convenzionale produce un effetto sinergico che rafforza l'obbligo di diligenza in relazione al problema degli intermediari.

Anche l'operatore che avrebbe dovuto avere dei dubbi, ma non li ha in effetti avuti, sull'identità dell'avente diritto economico, andrà esente da pena. Mancherebbe infatti, in questo caso, il requisito dell'intenzionalità. Ci troviamo in presenza di un "passaggio" logico cruciale, perchè riferito alle situazioni che si presentano con maggiore frequenza, ovvero quando non vi è alcun ragionevole motivo per mettere in dubbio le affermazioni del contraente. Infatti, il banchiere è legittimato a presupporre che il suo cliente non agisca per conto di terzi fino al momento in cui non vi siano degli indizi che impongano una conclusione opposta.

Allo scopo di definire il limite fra l'atto lecito e quello punibile, si dovrebbe affermare che il campo di applicazione dell'art.305<sup>ter</sup> CPS contempla il caso in cui il banchiere non può supporre, in buona fede, che il contraente e l'avente diritto economico siano la stessa persona.

L'art.305<sup>ter</sup> va dunque considerato come una norma che proibisce al banchiere di effettuare consapevolmente operazioni economiche senza preoccuparsi della realtà soggettiva retrostante. Un tale comportamento viene infatti ritenuto particolarmente pericoloso in relazione al riciclaggio di denaro, in quanto costituisce un'agevolazione indebita quanto insidiosa.

Nonostante la fattispecie di cui si tratta rivesta un indubbio interesse e costituisca un dato sicuro nella lotta al riciclaggio, resta sempre il dubbio che la reticenza del legislatore nel formulare un'imputazione per colpa non sia stata la scelta migliore. Un reato definito in partenza come fattispecie di "carente diligenza" richiama infatti l'attenzione verso la punibilità di situazioni colpose. In effetti, nonostante sia desumibile, dai lavori preparatori, la volontà di formulare una fattispecie dolosa, all'art.305<sup>ter</sup> sembrano potersi attribuire origini logiche colpose un po' forzatamente "piegate" sulle esigenze soggettive di dolo recepite dal legislatore, in forza della decisa opposizione degli operatori economici alle ipotesi di punibilità per colpa delle violazioni attinenti all'ambito finanziario<sup>33</sup>.

33) La non manifesta irragionevolezza che una disposizione formulata nei termini dell'art.

Con la modifica del marzo 1994, all'art.305<sup>ter</sup> CPS è stato aggiunto un secondo comma, che recita: "Le persone menzionate nel cpv. 1 (gli operatori finanziari professionali, nds) hanno il diritto di comunicare gli indizi che permettono alle autorità svizzere preposte al perseguimento penale e alle autorità federali designate dalla legge di sospettare che valori patrimoniali provengono da un crimine".

Questa disposizione recepisce, in maniera prudente, la raccomandazione n° 16 del Gruppo di azione finanziaria internazionale (GAFI)<sup>34</sup>, nella quale viene appunto proposta l'introduzione di un diritto o di un obbligo di comunicare da parte dell'operatore professionale. L'eventuale introduzione dell'obbligo di informare è stata sin dall'inizio e con successo osteggiata dalle categorie interessate, evidentemente preoccupate dell'aumento di quello che si potrebbe definire il loro "carico penale teorico".

L'art.305<sup>ter</sup>, secondo comma, dovrebbe aiutare gli operatori a vincere quel genere di reticenza a collaborare con le autorità che, secondo valutazioni di categoria, è dovuta alla tutela penale particolarmente intensa di cui gode, in Svizzera, il segreto professionale in genere e quello bancario in particolare, il che indurrebbe gli operatori a dare la prevalenza al genere di tutela che più si avvicina alla loro realtà professionale. E' tuttavia da precisare che il diritto sancito da questa disposizione non corrisponde ad un'autorizzazione generale a divulgare informazioni riservate o di esporre terzi ad un sospetto<sup>35</sup>. Perchè non siano applicabili le sanzioni penali previste per la violazione del segreto bancario dall'art.47 della Legge federale

---

305<sup>ter</sup> CPS esprima una componente di negligenza assimilabile alla colpa, consistente nella violazione, per mancanza di diligenza, delle norme di comportamento che sono proprie della professione esercitata, la conseguente necessità di conoscere le premesse effettive del dovere di identificazione e di avere a disposizione e di conoscere le regole di comportamento, sono state poste in rilievo da GRABER, cit., pp.204-205.

34) L'attività del GAFI è patrocinata dai governi dei sette principali Paesi industrializzati (G7), con la partecipazione di altri otto Paesi, fra cui la Svizzera, ed è particolarmente indirizzata al promuovimento, a livello internazionale, della lotta al riciclaggio dei capitali di provenienza illecita. In questo ambito, costituiscono un punto di riferimento fondamentale le *Quaranta raccomandazioni del rapporto sul riciclaggio*, pubblicate in Svizzera nel Bollettino della Commissione federale delle banche, fascicolo n°20, pp.73ss. .

35) Cfr. il *Messaggio concernente la modificazione del Codice penale svizzero e del Codice penale militare (Revisione delle norme sulla confisca, punibilità dell'organizzazione criminale, diritto di comunicazione del finanziere)* del 30 giugno 1993, pubblicato sul Foglio federale n°35, vol. III, del 7 settembre 1993, p.232.

sulle banche (LFB), il finanziere deve attenersi al contesto definito legalmente, senza svuotarne la sostanza. Non si tratta perciò di trasmettere qualsivoglia informazione all'autorità, ma di proporre solo quelle comunicazioni che permettono di stabilire la provenienza di valori patrimoniali da un crimine<sup>36</sup>. Non è viceversa chiesto al finanziere di sostituirsi alle autorità preposte alle indagini penali, nè gli compete di giudicare se gli elementi di prova da lui forniti saranno idonei a convincere il Tribunale della colpa del cliente.

Visto in questi termini, l'art.305ter, II c. CPS si profila più come una causa di giustificazione nei confronti dell'art.47 LFB che come disposizione pienamente autonoma; benchè sia comunque auspicabile che la racc. n°16 del *GAFI* sia accolta fino in fondo, introducendo l'obbligo di comunicazione di operazioni sospette, resta tuttavia il fatto che anche il semplice diritto di comunicare offre un aiuto concreto all'operatore che voglia agire correttamente su tutti i fronti, costituendo un importante ausilio al dovere di diligenza sancito nel primo comma della disposizione in esame.

#### 4. Il reato di organizzazione criminale (art. 260 ter CPS).

Il legame funzionale fra criminalità organizzata e riciclaggio fa sì che a questo reato si possano accostare, in relazione logica, sia le fattispecie di associazione per delinquere che la disciplina della confisca. E' opportuno in tal senso un breve cenno.

L'art.260ter CPS dispone che:

1. "Chiunque partecipa a un'organizzazione che tiene segreti la struttura e i suoi componenti e che ha lo scopo di commettere atti di violenza criminali o di arricchirsi con mezzi criminali, chiunque sostiene una tale organizzazione nella sua attività criminale, è punito con la reclusione sino a cinque anni o con la detenzione.
2. Il giudice può attenuare la pena (art.66) se l'agente si sforza d'impedire la prosecuzione dell'attività criminale dell'organizzazione.
3. E' punibile anche chi commette il reato all'estero, se l'organizzazione esercita o intende esercitare l'attività criminale in tutto o in parte in Svizzera. L'articolo 3 numero 1 capoverso 2 è applicabile".

36) Id., p.233.

Con questa disposizione, il legislatore elvetico ha inteso introdurre una norma generale che punisse anche le diverse forme di sostegno ad un gruppo criminale.

In particolare, la necessità di punire, espressamente, il fattore organizzativo si profila come conseguenza dell'impossibilità di ricostruire la "catena di causalità" che, in circostanze ordinarie, consentirebbe di fornire la prova della partecipazione al singolo reato. I criteri tradizionali di imputabilità basati sulla responsabilità penale individuale risultano infatti inefficaci quando il soggetto che coopera alla commissione del reato agisce come elemento facilmente sostituibile di un'organizzazione criminale, resa praticamente inaccessibile in ragione della sua stessa struttura, la quale prevede il vincolo della segretezza e l'estrema divisione dei compiti e dei rischi<sup>37</sup>. Così, mentre l'art.303bis, n°2 CFC, qualifica come forma aggravata di riciclaggio la gestione finanziaria di fondi avente origine illecita, l'art.269ter reprime il sostegno in quanto tale fornito a un'organizzazione criminale. Sono presenti nelle fattispecie gli elementi classici di questo tipo di reati: il fattore organizzativo e il concetto di finalità che ne consegue, la segretezza intesa come dissimulazione qualificata e sistematica atta a favorire un alto grado di specializzazione e di divisione dei compiti, una struttura fortemente gerarchizzata, lo scopo di commettere reati ad alto contenuto di violenza o di procurarsi proventi con mezzi criminali.

Il perseguimento dello scopo riferito agli atti di violenza criminali risulterà, di norma, dal fatto che l'organizzazione ha già commesso reati, ma ciò non presuppone necessariamente che debba essere ricercata la prova della commissione anteriore di essi. La condizione minima richiesta perché possa essere integrata la fattispecie in esame è che il perseguimento dello scopo risulti, univocamente, dalle misure di organizzazione rilevate a carico della struttura criminale indagata, mentre la semplice intesa su obiettivi delittuosi è esclusa dal campo di applicazione della norma. Per altro verso, la necessità del perseguimento di uno scopo non implica che l'attività dell'organizzazione debba concernere esclusivamente la commissione di reati: è viceversa sufficiente che tale attività si riferisca soltanto essenzialmente al compimento di atti criminali<sup>38</sup>.

Gli atti di cui sopra debbono corrispondere a quelli che il diritto penale svizzero configura come crimini<sup>39</sup>, ma il riferimento, benchè

37) *Id.*, p.207.

38) *Id.*, pp.210-211.

39) *Cfr. retro*, p.3.

applicabile in astratto all'intera categoria di illeciti considerata, trova un collegamento logico privilegiato con i cosiddetti crimini violenti, vale a dire i reati più gravi contro la vita e l'integrità della persona (quali l'omicidio, l'assassinio e le lesioni personali: rispettivamente, artt.111, 112 e 122 CPS), con i reati contro il patrimonio ad alto contenuto di violenza personale (rapina ed estorsione: artt. 139 e 156), con i reati più gravi contro la libertà personale, specie se si possa ravvisare un fine di profitto (sequestro di persona e rapimento semplici e aggravati: artt. 185 e 184; presa di ostaggio, art. 185), nonché con i crimini, inseriti nel titolo settimo del CPS, che creano un pericolo collettivo, fra i quali l'incendio intenzionale (art.221), l'esplosione (art.223) e l'uso delittuoso di materie esplosive o gas velenosi (art.224), sempre nella forma intenzionale<sup>40</sup>.

Non costituiscono invece un presupposto teorico i crimini contro lo Stato e la difesa nazionale, contemplati nel titolo tredicesimo del CPS, in quanto l'ordinamento si avvale, con riferimento a tali ipotesi di reato, di una fattispecie associativa specifica (l'art.275ter sulle associazioni illecite), che protegge un bene giuridico di diverso genere.

La variante dello scopo rivolta all'arricchimento con mezzi criminali è, in un certo senso, più specifica o, meglio, più "aggiornata" rispetto al "profilo evolutivo" della criminalità organizzata, e presuppone che l'entità delinquenziale abbia di mira il procurarsi vantaggi patrimoniali illegali commettendo crimini.

L'organizzazione deve perseguire l'arricchimento illecito come scopo principale della sua attività; non si integrerebbe pertanto la fattispecie in esame qualora le risorse finanziarie ottenute in modo criminoso rappresentassero non un fine a sè, bensì un semplice mezzo per conseguire un diverso obiettivo primario<sup>41</sup>.

In relazione a questa variante, la gamma dei crimini di riferimento assume una sfumatura logica che attrae nella propria sfera di influenza non solo i crimini contro il patrimonio, bensì anche i reati gravi ad alto contenuto di violenza personale (si è già accennato al sequestro di persona e alla presa di ostaggio con fini di profitto), ma il riferimento può certo essere esteso anche al diritto penale accessorio: si pensi, ad es., ai crimini previsti

40) Cfr. *Messaggio* del 30 giugno 1993, cit., p. 211, sub. lett. bb, secondo periodo.

41) *Id.*, terzo periodo.

dalla Legge federale sugli stupefacenti<sup>42</sup>.

L'autore del reato può essere punito sia a titolo di partecipazione all'organizzazione, che per il semplice sostegno.

E' da considerare un partecipante all'organizzazione criminale colui il quale si integra organicamente in siffatta struttura, svolgendo un'attività idonea a determinare il concorso nel perseguimento dello scopo criminale. Non è necessario che l'autore assuma una funzione dirigente o comunque di rilievo, potendo essere punito anche chi ricopra un ruolo subalterno purchè conforme allo scopo dell'organizzazione, così come l'attività del partecipante non deve necessariamente consistere nella collaborazione al compimento dei singoli reati riferibili all'organizzazione, essendo sufficiente anche l'esecuzione di compiti collaterali (ad esempio, logistici), purchè tale funzione sia conforme al particolare scopo di cui si tratta.

Possono essere qualificati sostenitori di un'organizzazione criminale, in particolare, gli intermediari che, nel ruolo di anello di congiunzione con l'economia legale, con la politica e la società, contribuiscono in maniera determinante a rafforzare le organizzazioni criminali, pur non apparendo organicamente legati organicamente (nel senso della stabilizzazione della conformità allo scopo) alle predette entità<sup>43</sup>.

Quest'ultima ipotesi è interessante per un collegamento logico col riciclaggio, in quanto rende possibile perseguire comportamenti che contribuiscono a rafforzare in maniera considerevole l'efficienza economica delle organizzazioni criminali, anche nei casi in cui non è (o non è più) possibile provare la sussistenza del riciclaggio. Un esempio in materia potrebbe essere costituito dall'impossibilità di fornire la prova dell'origine criminale dei fondi, richiesta dall'art.305bis CPS, a causa della commistione fra attività legali e illegali dell'organizzazione, finalizzata al mascheramento dell'effettiva provenienza dei singoli cespiti; il raccordo fra legalità e illegalità sembra dunque costituire un "terreno di coltura" ideale per il riciclaggio.

E' quindi senz'altro utile disporre, contemporaneamente ed in relazione logica fra loro, di strumenti penali che sanzionino sia le attività criminose organizzate direttamente e manifestamente connesse al riciclaggio

---

42) Si tratta delle ipotesi aggravate (qualificabili anche come crimini) di cui all'art.19 della Legge federale sugli stupefacenti del 3 ottobre 1951, così come modificato dalla LF del 20 marzo 1975.

43) Cfr. *Messaggio* del 30 giugno 1993, cit., p.212.

(cfr. la forma aggravata di cui all'art.305bis), sia le attività rivolte a fini più generali, ma adiacenti e facilmente riconducibili al riciclaggio. Il legislatore elvetico ha in effetti recepito una siffatta impostazione nel formulare la fattispecie associativa di cui si tratta.

Sembra comunque corretto ritenere la forma grave del riciclaggio come un caso di applicazione specifica del sostegno ad un'organizzazione criminale<sup>44</sup>.

Sotto il profilo dell'elemento soggettivo, la partecipazione o il sostegno ad un'organizzazione criminale si configurano come reati dolosi, nell'ambito dei quali l'autore deve essere consapevole dell'esistenza dell'organizzazione, del segreto a cui è sottoposta e degli obiettivi che la stessa persegue, bastando tuttavia da parte dell'agente, ad integrare la fattispecie, il dolo eventuale di prevedere, come possibile conseguenza del proprio comportamento, il fatto che quest'ultimo possa avere una relazione diretta con l'obiettivo criminale dell'organizzazione.

Un altro aspetto interessante della fattispecie complessiva è la possibilità, per il giudice, di attenuare la pena, ex art.66 CPS, se l'agente si sforza di impedire la prosecuzione dell'attività criminale dell'organizzazione (cfr. art.260ter, cpv. 2).

Il legislatore, in questo caso, non ha preso in considerazione, per dettare una disciplina specifica, il fenomeno dei partecipanti cosiddetti "pentiti" ad organizzazioni criminali, preferendo viceversa affidarsi alla disciplina comune della desistenza volontaria, accordando un beneficio all'autore che ha dato un contributo significativo per impedire il compimento di reati futuri da parte dell'organizzazione, o che ha compiuto un apprezzabile sforzo in tal senso.

## 5. La nuova disciplina della confisca: l'art. 59 CPS.

La revisione delle disposizioni in materia di confisca ha lo scopo di assicurare alle autorità penali l'utilizzazione di strumenti operativi efficaci e immediati per impedire materialmente le operazioni di riciclaggio e per contrastare la criminalità organizzata sotto lo specifico profilo patrimoniale.

Tali strumenti costituiscono, in effetti, un importante complemento investigativo collegate alle norme principali, derivante dalla consapevol-

---

44) Id., p.213.

za che la confisca facilitata dei valori patrimoniali di provenienza illecita rafforza la portata della disposizione sul riciclaggio di denaro (art. 305*bis*), proprio in quanto quest'ultima norma reprime il fatto di vanificare la confisca di tali valori<sup>45</sup>.

È anzitutto da osservare che la revisione definisce meglio il campo di applicazione della confisca in generale, operando una separazione netta fra la misura essenzialmente conservativa concernente gli oggetti pericolosi riconducibili ad un reato (cfr. il nuovo art. 58) e la confisca di valori patrimoniali provenienti da profitti illeciti in genere (cfr. il nuovo art. 59, cpv. 1 e 2).

In questa sede, tuttavia, si farà cenno soltanto al cpv. 3 dell'art. 59, relativo alla confisca dei valori patrimoniali di un'organizzazione criminale.

La norma citata dispone testualmente che "Il giudice ordina la confisca di tutti i valori patrimoniali di cui un'organizzazione criminale ha facoltà di disporre. I valori appartenenti a una persona che abbia partecipato o sostenuto un'organizzazione criminale (art. 260*ter*) sono presunti sottoposti, fino a prova del contrario, alla facoltà di disporre dell'organizzazione".

La disposizione deve essere vista nel contesto della lotta al crimine organizzato<sup>46</sup>, ed ha lo scopo di permettere la confisca dei valori illeciti senza che sia necessario provare da quale reato, in concreto, essi provengono, essendo sufficiente a legittimare il provvedimento giudiziale il genere di appartenenza sopra considerato.

Questo tipo di confisca esprime uno scopo ulteriore rispetto a quella tradizionale (incentrata esclusivamente sulla provenienza dei beni da incamerare), che può essere ravvisato nell'applicazione di un effetto preventivo, volto ad impedire la prosecuzione dell'attività criminale privando l'organizzazione della propria base finanziaria.

È altresì da precisare che la "facoltà di disporre" deve essere intesa in senso effettivo, superando i semplici diritti formali e fittizi che hanno lo scopo di dissimulare l'appartenenza economica reale dei valori in questione.

Una menzione particolare merita il secondo periodo della norma oggetto di esame, allorchando la stessa consente, a certe condizioni, di confiscare i valori patrimoniali intestati ad una persona fisica senza dover pro-

45) *Id.*, p. 226.

46) *Id.*, p. 225.

vare l'origine delittuosa di essi, qualora tale soggetto sia punibile a causa della partecipazione o del sostegno dato ad un'organizzazione criminale, nei termini e nelle forme previste dall'art.260*ter*. In particolare, se una persona risulta punibile ai sensi dell'art.260*ter* CPS, viene presunta per legge la facoltà di disporre che legittima il provvedimento di confisca.

Poichè la legge pone a carico dell'interessato la possibilità di invalidare, con argomenti adeguati, tale presunzione, ci troviamo di fronte ad un caso di inversione dell'onere della prova, che si discosta dal principio generale secondo cui compete agli organi investigativi e giudiziari fornire la prova di tutti i fatti che sono all'origine di una sanzione.

## **6. La futura legge federale sul riciclaggio.**

A dire il vero, parlare di una legge organica antiriciclaggio "futura", dando l'evento per certo, appare un po' azzardato, in quanto siffatta regolamentazione viene fortemente osteggiata dalle categorie interessate, anche perchè si tratterebbe di un compendio normativo destinato ad incidere in misura più "capillare" sull'attività degli operatori economici.

Tuttavia, la determinazione con cui il Consiglio federale elvetico sostiene il progetto fa pensare che solo un'esplicita bocciatura parlamentare ne potrebbe determinare il temporaneo abbandono.

Procediamo perciò ad un sommario esame di quella che dovrebbe diventare la "Legge federale concernente la lotta contro il riciclaggio di denaro sporco nel settore finanziario"<sup>47</sup>.

In linea generale, è da osservare che le nuove disposizioni sono state concepite come un'ulteriore fase della lotta al riciclaggio, e che hanno lo scopo di integrarsi armonicamente con le altre norme vigenti, di cui si è fin qui trattato (artt.305*bis* e *ter*, 260*ter*, CPS).

Nel suo complesso, il testo normativo si presenta come una legge amministrativa contenente disposizioni relative al diritto di sorveglianza e regole di condotta destinate agli operatori attivi nel settore finanziario. L'inservanza di alcune di queste regole è sanzionata penalmente, fatta salva

---

47) In questa sede, ci riferiamo al testo attualmente in procedura di consultazione ed al Rapporto esplicativo del progetto preliminare, messo a disposizione delle parti sociali nel gennaio del 1994.

l'applicabilità, in via principale, delle norme penali ordinarie sul riciclaggio e sulla carente diligenza nelle operazioni finanziarie.

Lo scopo della legge é definito espressamente all'art. 1, ed é quello di "...lottare contro il riciclaggio di denaro sporco ai sensi dell'art.305*bis* del Codice penale svizzero nell'insieme del settore finanziario". Ciò allo scopo di colmare, in particolare, delle lacune rilevate nel settore non strettamente bancario<sup>48</sup>.

Di conseguenza, il campo di applicazione è piuttosto esteso, comprendendo sia quella parte del settore finanziario già regolamentata dal diritto federale speciale e che risulta sottoposta a un'autorità di sorveglianza<sup>49</sup>, sia le attività particolarmente esposte al rischio di favorire il riciclaggio, ma che non sono assoggettate ad alcuna particolare sorveglianza in forza del diritto federale<sup>50</sup>.

La sezione seconda del progetto (artt.3-9) elenca, definendoli dettagliatamente, gli obblighi specifici delle persone giuridiche e fisiche, che attentano:

- all'identificazione del partner contrattuale<sup>51</sup>;
- all'identificazione dell'avente diritto economico<sup>52</sup>;
- al rinnovo dell'identificazione<sup>53</sup>;
- all'obbligo speciale di accertamento<sup>54</sup>;
- all'obbligo di documentazione<sup>55</sup>;
- all'obbligo di notificazione<sup>56</sup>;
- ai provvedimenti organizzativi<sup>57</sup>.

In proposito, è da osservare che gli obblighi di identificazione e di rinnovo della stessa riprendono i principi generali dell'art.305*ter*, dettando tuttavia una sorta di "decalogo" che tipizza una serie di comportamenti materiali che devono essere osservati per non incorrere nella violazione, mentre costituiscono una *novatio* gli obblighi di accertamento, di docu-

48) Cfr. il *Rapporto esplicativo* citato nella nota precedente, p.6.

49) Cfr. *Progetto preliminare*, art.2 cpv. 1.

50) Id., art.2 cpv. 2.

51) Id., art.3.

52) Id., art.4.

53) Id., art.5.

54) Id., art.6.

55) Id., art.7.

56) Id., art.8.

57) Id., art.9.

mentazione e di notificazione.

L'accertamento speciale di cui all'art.6 del progetto impone una verifica sostanziale e non solo formale del "retroscena economico" di una transazione, qualora emerga il sospetto che quest'ultima possa risultare legata ad un'operazione di riciclaggio, in considerazione del fatto che la semplice identificazione del cliente non è generalmente sufficiente a consentire il riconoscimento delle operazioni sospette.

In dovere di documentazione di cui all'art.7 ha lo scopo di garantire che tutte le informazioni relative alle parti contraenti ed all'avente diritto economico siano stabilite con certezza e conservate, in modo, tuttavia, che dalla documentazione sia possibile ricostruire il "percorso" della transazione individuale effettuata. Inoltre, è prescritto che tale documentazione debba essere catalogata in modo tale da poter soddisfare rapidamente eventuali richieste delle autorità penali: in tal senso, la norma recepisce le raccomandazioni del *GAFI* e della Comunità europea, estrapolando un contenuto concreto anche dall'art.305ter CPS, nella misura in cui quest'ultima norma ha per oggetto, indirettamente, il reperimento di informazioni idonee a facilitare le inchieste penali sull'origine dei valori<sup>58</sup>.

Un punto centrale, che suscita la decisa opposizione delle categorie interessate, è il *dovere di comunicazione* previsto dall'art.8 del progetto.

In proposito, notiamo come tale dovere si estenda sia alla segnalazione di situazioni inquadrabili nella repressione della vera e propria attività di riciclaggio (art.305bis) che all'ambito delle attività informative a scopo essenzialmente preventivo (art.305ter).

A quest'ultimo riguardo, dobbiamo segnalare che, rispetto al diritto di comunicare previsto dal secondo capoverso dell'art.305ter CPS<sup>59</sup>, l'obbligo di comunicazione contenuto nel progetto si profila come grado differente di un medesimo concetto, nel senso che l'obbligo presuppone la vera e propria conoscenza o il fondato sospetto di trovarsi di fronte ad un possibile scenario di riciclaggio, mentre il diritto di comunicare può sorgere sulla base di semplici indizi, la cui valutazione in termini di rilevanza informativa è, di fatto, lasciata all'operatore economico.

Al substrato conoscitivo di cui sopra viene accordata una specifica tutela verso l'esterno: se vi è stata notifica ai sensi dell'art.8, cpv. I, del

58) Cfr. *Rapporto esplicativo*, cit., p.18.

59) Su cui v. *supra*, pp.8-19.

progetto, ogni relazione d'affari non può essere intrapresa o non può proseguire, in attesa di una risposta delle autorità preposte, che deve pervenire entro cinque giorni feriali (art.8, cpv. 2); durante la pendenza di questo termine, le persone interessate e i terzi non devono essere informati della notificazione o di eventuali inchieste (art.8, cpv. 3).

E' prevista l'istituzione di un'autorità di controllo a livello federale (l'Ufficio federale di polizia o, in alternativa, l'Amministrazione federale delle finanze, con potere di denuncia alle autorità penali: cfr. art.13 prog.).

L'art.14 del progetto prevede disposizioni penali specifiche, e recita:

1. "Chiunque, intenzionalmente,

- a) non verifica l'identità del partner contrattuale giusta l'art.3;
- b) non verifica l'identità dell'avente diritto economico giusta l'art.4;
- c) non rinnova la verifica dell'identità giusta l'art.5;
- d) non procede all'accertamento giusta l'art.6;
- e) non allestisce o conserva la documentazione giusta l'art.7;
- f) non effettua le notificazioni giusta l'art.8 capoversi 1 e 2;
- g) informa senza giustificazione le persone interessate o i terzi giusta l'art.8 capoverso 3.

è punito con la detenzione sino ad un massimo di sei mesi o con la multa sino ad un massimo di 100.000 franchi.

2. Chiunque viola l'art.305<sup>ter</sup> del Codice penale svizzero non può essere punito ai sensi del capoverso 1 lettere a), b) o c).

3. La Legge federale sul diritto penale amministrativo è applicabile. L'Ufficio federale di polizia (o, come variante, l'Amministrazione federale delle finanze, nds) è l'autorità di perseguimento penale e di giudizio".

Dal testo della norma, emerge immediatamente che sono punibili solo le violazioni dolose degli obblighi, mentre non è punita la negligenza. Nello spirito complessivo della legge, questa scelta sembra frutto di una prudenza forse eccessiva, in quanto, nel patrimonio professionale degli operatori economici, non può ormai fare difetto la coscienza vigile sulle dimensioni del fenomeno del riciclaggio e sulla raffinatezza dei mezzi con cui tale attività viene posta in essere.

Per altro verso, le violazioni relative agli obblighi di identificazione sarebbero punite dalla nuova legge solo in via sussidiaria, qualora non abbia trovato applicazione l'art.305<sup>ter</sup> CPS; con ciò, si sono probabilmente voluti sottoporre a sanzione specifica quei comportamenti che, per la loro natura prevalentemente amministrativa, non avrebbero consentito una facile applicazione delle norme per ultime citate, pur conservando un alto livello di pericolosità come atti collaterali idonei a coadiuvare attività di riciclaggio più complesse.

## 7. Le direttive della Commissione federale delle banche e la Convenzione di diligenza.

Un'*excursus* sulla normativa antidiriciclaggio non sarebbe tuttavia completo se non si prendessero in considerazione alcune fonti extralegislative. Ciò anche in virtù del fatto che, per certi aspetti, le stesse norme legislative hanno mutuato dalle fonti estranee alcuni principi basilari che già trovavano applicazione in ambito bancario.

Le decisioni della Commissione federale delle banche in qualità di organo di vigilanza costituiscono una prassi di rilievo, a cui la condotta delle banche si deve uniformare, avendo come riferimento di base l'obbligo di garantire un'attività irreprensibile, ex art.3, cpv. 2, lett. c) LFB.

Nell'ambito di un'attività di razionalizzazione e di precisazione della prassi creata dalle suddette decisioni, la CFB ha emanato, nel 1991, una circolare intitolata: "Direttive relative alla prevenzione e alla lotta contro il riciclaggio di capitali".<sup>60</sup> In sintesi, le direttive CFB hanno precisato:

- gli obblighi di verifica riguardanti l'origine illecita dei fondi consegnati o pervenuti alla banca (con particolare riferimento agli indizi -e relativi esempi- che evidenziano episodi di riciclaggio;
- il comportamento che deve tenere la banca in caso di sospetto di origine illecita dei fondi;
- la notifica di un caso sospetto alle autorità giudiziarie penali;
- i casi di interruzione delle relazioni d'affari.

La Convenzione di diligenza delle banche svizzere è invece un accordo siglato dalla Banca Nazionale Svizzera (Istituto di emissione), dall'Associazione svizzera dei banchieri e da tutte le banche svizzere.

Il primo accordo venne firmato nel 1977, mentre proroghe espresse quinquennali, con modifiche, sono intervenute, a scadenze regolari, nel 1982, nel 1987 e nel 1992. La Convenzione ha carattere privato, ma contiene indicazioni di grande rilievo per la lotta al riciclaggio; essa viene considerata come un codice di condotta che prevede le regole minime relative alla diligenza che le banche svizzere devono esercitare riguardo alla verifica dell'identità della clientela e all'accertamento dell'origine dei fondi.<sup>61</sup>

60) Su cui v. BERNASCONI, *Fonti giuridiche riguardanti la diligenza nell'accettazione di fondi da parte della banca*, in AA.VV., *Il sistema bancario svizzero contro il riciclaggio*, a cura di René Chopard, Bellinzona, 1993, p.28.

61) *Id.*, p.31.

L'obbligo principale previsto dalla Convenzione, fin dal 1977, consiste nella verifica dell'identità delle parti contraenti e nell'identificazione dell'avente diritto economico: ovvero il futuro (per allora) contenuto dell'art.305ter CPS. Inoltre, essa menziona, fra i propri scopi, quello di lottare contro la criminalità economica, prevenendo l'afflusso di fondi di origine illecita.

La natura della Convenzione è di carattere esclusivamente privato; tuttavia, tale accordo viene considerato come un vero e proprio codice di condotta, sulla base, principalmente, dell'approvazione tributata da tutte le banche svizzere e della ritenuta adeguatezza delle regole ivi previste allo "standard" bancario internazionale.

L'inosservanza delle disposizioni bancarie ora ricordate dovrebbe senz'altro configurare la mancanza della "diligenza richiesta dalle circostanze" menzionata dall'art. 305ter CPS l'indeterminatezza di tale riferimento può infatti trovare, ad un tempo, contenuto concreto e legittimazione sulla base di un rinvio implicito (di per sè difficilmente ammissibile) a fonti extrapenali, in forza della riconosciuta vincolatività e sostanziale accettazione di tali fonti convenzionali nel settore professionale considerato.

## 8. Conclusioni.

Da quanto precede, possiamo constatare che, intorno al problema del riciclaggio, la Confederazione svizzera sta progressivamente introducendo presidi giuridici abbastanza estesi e diversificati.

Alla fattispecie-base del riciclaggio di denaro si vanno infatti progressivamente affiancando norme di sostegno che rendono sempre più agevole la collaborazione con le autorità, orientata verso la difesa della società e dello stesso sistema finanziario nei confronti di una delle minacce più serie per il funzionamento libero ed equilibrato dell'ordinamento economico.

Sussiste, tuttavia, una obiettiva difficoltà a varcare la soglia del semplice diritto di informare le autorità, qualora l'operatore economico nutra il dubbio di trovarsi di fronte ad un retroscena di riciclaggio, per introdurre un vero e proprio obbligo in tal senso.

Inoltre, non ha finora riscosso la giusta considerazione l'ipotesi di introdurre fattispecie colpose in relazione agli obblighi di identificazione; e ciò, come si è visto, anche in prospettiva.<sup>62</sup>

62) Cfr. quanto esposto retro al n°6.

Per altro verso, notiamo come, se il progetto di Legge federale antiriciclaggio dovesse divenire realtà, stia acquistando consistenza un concetto di collaborazione doverosa e completa con le autorità che può solo giovare alla lotta al riciclaggio.

E' perciò da auspicare che, stando al diritto positivo, la non estrema vincolatività di alcune norme sul riciclaggio induca comunque gli operatori economici e finanziari alla massima lealtà, concepita più come dovere etico che come necessità di obbedienza all'autorità.

GIOVANNI FLORA

L'ATTUALITÀ DEL PRINCIPIO  
“ SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST ”.



1. Il principio *societas delinquere non potest* da un po' di tempo non dorme più sonni tranquilli: un po' come tutti quelli che, a torto o a ragione, si sentono in colpa.

E gli incubi che agitano i sonni del nostro principio non, trovano certo origine nell'attuale ordinamento positivo italiano, saldamente incernitrato sulla esclusiva responsabilità penale delle persone fisiche; non certo scalfita né dalla previsione di una responsabilità "civile" sussidiaria per le multe o le ammende (art.197 c.p.), né dalla introduzione, ad opera della l. n°689 del 1981 di nuove pene accessorie (es.: divieto di contrattare con la P.A.) e di oneri per la concedibilità della sospensione della pena (es.: eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose) che, secondo autorevole dottrina (BRICOLA) avrebbero senso (almeno nella maggior parte dei casi) solo se applicabili alla persona giuridica e non alla persona fisica che ha in concreto "commesso" l'illecito.

E, del resto, lo stesso progetto di legge delega per la riforma del codice penale, predisposto dalla "Commissione Pagliaro", si mantiene aderente all'attuale schema classico della responsabilità.

No, gli incubi trovano una diversa e duplice matrice: una di ordine *interno* (ancorché non legislativo) ed una di ordine *comunitario comparatistico*.

2. Sul piano *interno*, le più recenti e famose vicende giudiziarie che percorrono quotidianamente, come un brivido, la schiena della nostra Penisola hanno messo a nudo un fenomeno inquietante: imprese, per lo più strutturate in forma societaria ed enti superindividuali (partiti politici) la cui "criminosità" si è rivelata in gran misura indipendente dal comportamento illecito del singolo quasi assurgendo ad entità distinta ed autonoma rispetto a quella di colui che ha agito in concreto in violazione della legge penale. Tant'è che nell'immaginario collettivo, fomentato dai mezzi di comunicazione di massa, si parla di partiti corrotti di istituzioni corrotte, di imprese (anche societarie e con nome e cognome Montedison, Enimont, Cogefar) corrotte; non tanto dei singoli (salvo di qualche nome politico una volta potente ed ora oggetto di un tanto spietato quanto routinario tiro al bersaglio) [e per vero ancor prima che scoppiasse "Tangentopoli"]. Ma ciò che interessa mettere in rilievo è la risposta della prassi: non potendo chiamare

penalmente in causa la persona giuridica per lo sbarramento del *societas puniti non potest*, si è servita dei seguenti strumenti:

- ampliamento (a mio modo di vedere illegittimo) dell'istituto del concorso di persone nel reato teso a coinvolgere i vertici politico-economici delle imprese (la proprietà) [tentativo invero operato più cautamente e non per tutte le imprese] ed i vertici politici dei partiti; per cui il fondamento della responsabilità viene individuato nell'essere a conoscenza di un determinato fatto illecito e nel porvi acquiescenza passiva (fuori dei casi della sussistenza di un obbligo giuridico di impedimento [l'obbligo "morale" o "politico" ma non giuridico]);

- ampliamento delle fonti extrapenali fondanti la posizione di garanzia rilevante ex art.40 co.2° c.p. prendendo in considerazione norme non certamente congeniali alla responsabilità per omesso impedimento quali l'art.2302 c.c. (in ordine alla responsabilità degli amministratori, anche dell'amministratore "prestanome", (v. Cass. Sez. V, 7/7/1992, Boccolini; Cass. Sez. V, 26/6/90, Bordon) e l'art.2403 c.c. [che ovviamente fa in modo che gli amministratori formali siano sempre meno propensi ad assumere carichi sociali "a cuor leggero" con conseguente più facile coinvolgimento dei vertici o perché assunti in proprio ruoli amministratori formali o perché "costretti" a "garantire" adeguatamente chi si impegna a correre rischi penali assumendo cariche sociali];

- riconoscimento di una limitata rilevanza della delega di funzioni all'interno dell'impresa societaria, mantenendo a carico del delegante un onere di vigilanza; cosicché si cerca di mantenere "verso l'alto" (verso i vertici) la responsabilità penale; -ricorso, talune volte, al sequestro preventivo, formalmente provvedimento cautelare-processuale, ma di fatto e sostanzialmente sanzione a carico della "persona giuridica" (si pensi al "sequestro" di interi stabilimenti produttivi, o dei conti correnti bancari).

Questa operazione di mantenimento ai vertici della responsabilità penale si serve poi della svalutazione della colpevolezza intesa come collegamento soggettivo tra l'autore ed il singolo fatto-reato a favore di una responsabilità di posizione se non di una colpevolezza per il modo di essere o di vivere; si abbandona la *tatschuld* a favore di una *lebensführungsschuld* si allarga poi il campo di applicabilità di talune fattispecie incriminatrici probabilmente oltre i limiti consentiti dal principio di tipicità (tassatività).

Il riferimento è, ad esempio, a certe impostazioni accusatorie in tema di corruzione che costruiscono il reato sulla dazione o promessa di denaro od altra utilità svincolata dal sinallagma con un preciso e ben individuato atto d'ufficio (in tal senso del resto si muove -com'è noto- il progetto elaborato dal pool "Mani Pulite" unitamente ad alcuni prestigiosi colleghi mila-

nesi. Ma si tratta appunto di un progetto *modificativo* dell'attuale struttura delle fattispecie).

In una parola il tentativo di colpire i gangli vitali delle persone giuridiche passa -vorrei dire inevitabilmente- per una ipervalutazione della legalità sostanziale a scapito della legalità formale, dei principi garantisti, anche costituzionali del diritto penale.

Ma se è così non vale allora la pena di riconsiderare l'indiscutibilità del *societas puniri non potest*, visto che delinque e che i costi in termini di veri e propri squarci, più che di ferite, ai principi fondamentali della nostra civiltà giuridico penale sono così alti?

Ben inteso, l'eventuale responsabilità della persona giuridica di per sé non dovrebbe sostituirsi alla responsabilità dei veri autori dell'illecito ma affiancarvisi; ma è verosimilmente la ricerca dei veri autori dell'illecito, ancorché annidati ai vertici dell'ente, che potrebbe essere meno spasmodica ed essere condotta nel rispetto di principi irrinunciabili di civiltà giuridica.

Di qui l'incubo del nostro infelice dormiente.

3. Ma altri incubi, provenienti da altri mondi, ne turbano il sonno; essi hanno origine comunitario-comparatistica. Più precisamente nascono, innanzi tutto, dalle stesse fonti comunitarie che dispongono l'applicabilità di *sanzioni amministrative punitive* (ancorché non criminali in senso stretto) alle persone giuridiche. In secondo luogo, dalla presenza negli ordinamenti di alcuni dei paesi della Comunità Europea dell'opposto principio della responsabilità penale (criminale) delle persone giuridiche, da tempo vigente in Inghilterra e in Olanda, e di recente introdotto in Francia e presente -a quanto è dato sapere- in un progetto spagnolo. Ed a quest'ultimo proposito è appena il caso di sottolineare come una diversificazione così marcata quanto ai soggetti penalmente responsabili in ambito Comunitario costituisca un serio ostacolo a quella piena libertà di circolazione delle imprese e segnatamente, per agganciarci al tema dominante di questo Convegno, alla libertà di apertura di sportello delle banche in ambito comunitario, sancita espressamente dal recente T. U. in materia, che rischia di rimanerci così mera enunciazione di principio. Cosicché un ravvicinamento delle diverse legislazioni comunitarie sul punto finisce per costituire un'esigenza vitale per lo stesso futuro della Comunità Economica Europea.

Ed infatti il tema è oggetto di una precisa raccomandazione del Consiglio d'Europa [R. (88) 18 del 20/10/1988].

Ebbene, per quanto concerne le indicazioni provenienti dalle fonti

comunitarie è noto, innanzi tutto, che, se - almeno ad oggi - la Comunità non possiede una potestà punitivo-criminale propria (salvo alcune limitatissime eccezioni [v. da ultimo G. DANNEKER, *Armonizzazione del diritto penale all'interno della Comunità Europea*, in *R.T.D.P.E.*, 1993, p.963-964]) possiede però una ampia competenza a stabilire sanzioni pecuniarie e comunque *loco sensu patrimoniali* di natura amministrativa, ancorché non generale (v. TIEDEMANN, *Diritto comunitario e Diritto Penale*, in *R.T.D.P.E.*, 1993, p.220ss.; GRASSO, *Recenti sviluppi in tema di sanzioni amministrative comunitarie*, *ivi*, p.739ss.); sanzioni stabilite, dunque, da fonte sovranazionale e destinate ad essere applicate nelle singole sedi nazionali.

In secondo luogo e cioè ancor più rilevante ai nostri fini, tali sanzioni risultano pacificamente applicabili alle persone giuridiche. Anzi, come si evince dai lavori preparatori dei diversi trattati CEE, una delle ragioni di fondo che hanno indotto la Comunità ad indirizzarsi verso la previsione di sanzioni punitive amministrative, anziché penali-criminali, va proprio individuata nella volontà di aggirare così l'ostacolo della mancanza di una previsione generalizzata della responsabilità penale delle persone giuridiche nei diversi Stati membri [sul punto v. DIEZ-PICAZO, *Derecho Comunitario y medidas sancionatorias*, in *Riv. it. dir. pubbl. Com.*, 1994, p.294].

Vero è che sulla natura "realmente" amministrativa di tali sanzioni, specialmente di quelle non consistenti puramente e semplicemente nel pagamento di una somma di denaro, non mancano discussioni. Si è infatti obiettato che si tratterebbe di sanzioni sostanzialmente penali (per una sintesi v. GRASSO, *Comunità Europee e Diritto Penale*, Milano, 1989, p.50 e più recentemente, sempre GRASSO, *Recenti sviluppi in tema di sanzioni comunitarie*, in *R.T.D.P.E.*, 1994, p.740ss.).

Il problema è di non poco rilievo, ma può forse essere sdrammatizzato se si riflette che ormai gli organi della Giustizia Comunitaria (Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e Corte di Giustizia della Comunità Europea) sono ormai giunti ad elaborare una nozione ampia di "materia penale", che ricomprende tanto l'illecito penale in senso stretto che l'illecito penale-amministrativo (v. BERNARDI, *Principi di diritto e Diritto penale europeo*, in *Annali Univ. Ferrara*, 1988); tendenzialmente sottoposta agli stessi principi garantisti del diritto penale sostanziale e processuale. E non a caso a tale direttrice giurisprudenziale di fondo si ispira il documento comunitario redatto a cura di Bacigalupo-Grasso-Tiedemann (SEC (93) 1172 del 16/7/1993, in corso di pubblicazione) che propone l'adozione, in sede comunitaria di un modello strutturale di illecito penale amministrativo di stampo squisitamente penalistico.

Cosicché, in definitiva, l'illecito penale amministrativo, dall'angolo visuale del diritto comunitario, finirebbe per distinguersi dall'illecito penale in senso stretto per due sole note, distintive: il contenuto non privativo della libertà personale (qualche perplessità sussiste in ordine ad un eventuale contenuto limitativo ancorché non privativo della libertà personale); l'assenza di un significativo coefficiente di stigmatizzazione etico-sociale (che poi costituisce un riflesso del bene compreso da tal tipo di sanzione).

Ora, però, a ben vedere, la prima nota distintiva perde completamente significato (o meglio non ha senso) in riferimento alla persona giuridica, essendo ontologicamente incompatibile la pena privativa della libertà per questi soggetti.

La seconda nota distintiva, poi, se non scompare del tutto, certo si attenua in riferimento alla tipologia di reati, *lato sensu* economici, che secondo la comune esperienza vedono coinvolte le persone giuridiche; si tratta infatti di illeciti che, con qualche significativa eccezione (es.: frode fiscale, bancarotta, gravi fatti di inquinamento) non assumono, agli occhi dei consociati, una particolare valenza stigmatizzante.

In conclusione, non è azzardato affermare che, in ambito comunitario, le persone giuridiche sono sottoposte a sanzioni di natura formalmente amministrativa, ma sostanzialmente identiche a quelle di natura penale astrattamente irrogabili nei loro confronti.

A ciò si aggiunge che è ormai pacifica nelle legislazioni interne dei paesi membri della CEE la sottoponibilità delle persone giuridiche a sanzioni penali amministrative; ancorché sussistano non poche differenze quanto alla forma (solidale [Portogallo] o sussidiaria [Italia]) al presupposto (concernente il legame più o meno stretto con il fatto della persona fisica autore in senso stretto dell'illecito) e al contenuto (solo sanzioni pecuniarie o anche altre sanzioni patrimoniali) di detta responsabilità.

Cosicché il nostro irrequieto principio del *societas puniri non potest*, comincia a pensare che i suoi, più che incubi, siano sogni premonitori.

4. Questa sensazione, poi, è destinata ad ingigantirsi sempre di più alla luce (sinistra per il nostro agitato dormiente) del sempre maggior successo che riscuote la responsabilità penale delle persone giuridiche (ovviamente cumulativa e non alternativa rispetto a quella delle persone fisiche che hanno agito in concreto) presso le legislazioni nazionali dei singoli paesi membri della CEE.

Com'è noto, dopo Inghilterra e Olanda, anche la Francia, con il suo nuovo codice penale, ora conosce la regola della responsabilità penale (cri-

minale) delle persone giuridiche; ancorché non generalizzata, ma bisogna di specifiche previsioni legislative o regolamentari che, però, a quanto è dato sapere, sono in crescita vertiginosa (v. BOULOC, *Le domaine de la responsabilité pénale des personnes morales*, in *Rev. Sociétés*, 1994, p.294ss.) seguendo un'ideale linea geografica di sviluppo tale forma di responsabilità è ormai alle porte dell'Italia.

E ben magra consolazione può derivare dalla constatazione di una certa qual disomogeneità della disciplina tratteggiata dalle tre diverse legislazioni nazionali sopraricordate, riscontrabile in ordine a tre snodi fondamentali e tra di loro strettamente connessi: il criterio di selezione delle fattispecie incriminatrici ascrivibili alla persona giuridica; il tipo di collegamento richiesto tra (fatto della) persona fisica agente in concreto e persona giuridica, affinché scatti la responsabilità di quest'ultima; il contenuto della sanzione.

Ed infatti, per quanto concerne il primo punto, mentre il codice penale francese (artt. 121-2) ha scelto la via della predeterminazione legislativa espressa, da effettuarsi per ogni singola fattispecie, l'ordinamento inglese è retto dalla regola esattamente opposta della responsabilità delle persone giuridiche salvo che sia diversamente stabilito e quello olandese opta per il criterio della ricorrenza, da accertarsi di volta in volta in relazione al caso concreto, del presupposto generale cui è riconnessa la responsabilità della persona giuridica (art.51 c.p. ol.).

Proprio in relazione a questo secondo punto, poi, si registra ancora un ventaglio di soluzioni eterogenee: l'ordinamento francese si affida alla formula del fatto commesso (dalla persona fisica) "per conto" della persona giuridica (formula che riecheggia la teoria formale della rappresentanza); quello inglese, fuori dei casi di "vicarious liability", punta sulla necessaria identificazione tra persona fisica e persona giuridica, richiedendo che la persona fisica agisca come "alter ego" della persona giuridica o ne sia, secondo altra più recente tesi (cfr. *WEELS Corporations and criminal responsibility*, Oxford, 1993, p. 130) il cervello ("brain"), anche se non manca chi ritiene preferibile far leva sul dato formale che l'azione illecita sia stata compiuta da chi impersona un organo della società, dietro la considerazione che gli organi sono "la maschera" della società; quello olandese, infine, sposa un criterio decisamente sostanziale, richiedendosi dalla più recente e consolidata giurisprudenza che, secondo criteri di valutazione normativo-sociali, il fatto della singola persona possa essere apprezzato come fatto della società (cs. se compro un oggetto ai grandi magazzini Harrods io compro da Harrods e non dal commesso che materialmente mi consegna l'oggetto, ma se acquisto cocaina dal commesso agli stessi grandi magazzini, in

realtà non compro da Harrods, ma dal commesso).

Per quanto riguarda il terzo punto, quello del contenuto delle sanzioni, mentre Inghilterra e Olanda ricorrono esclusivamente a pene pecuniarie, la Francia, in linea con le scelte di politica sanzionatoria proprie del codice entrato in vigore il 1 marzo 1994, prevede un'ampia e fantasiosa gamma di sanzioni "alternative" o "cumulative" rispetto alla pena pecuniaria (previste sia nel codice che nelle leggi speciali) di indubbia efficacia deterrente (si pensi allo scioglimento della persona giuridica, al divieto di esercitare una o più attività professionali o sociali, alla chiusura di uno o più stabilimenti, alla pubblicazione della sentenza di condanna, all'esclusione dai pubblici mercati etc.); tanto più sorprendenti ove si rifletta sulla labilità, per così dire, del presupposto generativo della responsabilità (fatto commesso "per conto" della persona giuridica) che non mi pare tale da giustificare sanzioni così pesantemente coinvolgenti la dignità sociale e la vita stessa della "*persona morale*".

Magra consolazione -dicevamo- per il nostro tormentato protagonista (il *societas puniri non potest*) perché la sola presenza nell'ordinamento di tre Stati membri della CEE del suo simmetrico negativo (l'ovviamente odiato *societas puniri potest*) ne mette comunque in pericolo la stessa sopravvivenza. L'includibile esigenza di armonizzazione all'interno della CEE che ne discende -e di cui già abbiamo fatto cenno- non può infatti che risolversi, proprio come in una lotta fratricida, con la soppressione dell'uno a vantaggio della vita dell'altro.

E allora: in che senso dovrebbe incamminarsi il processo di armonizzazione?

5. Io non credo che sia compito di questa relazione pervenire a "conclusioni" sul punto: perché conclusioni vere e proprie non si possono azzardare se non dopo una meditazione ben più seria e ponderata di quella che ho potuto effettuare affettuosamente *coactus* dall'amico Castaldo. Né mi sembra il caso di tracciare un quadro degli argomenti che possono addursi, e vengono da sempre addotti, a favore o contro la responsabilità penale delle persone giuridiche.

Non foss'altro da quando Franco BRICOLA pubblicò sulla Riv. italiana di dir. e proc. penale il suo saggio sul costo del principio *societas delinquere non potest* (correvva l'anno 1970), tutti le conoscono: è uno dei tanti debiti di riconoscenza che abbiamo contratto con lui e che lui non ci ha mai fatto pesare ed è anche per questo che egli è ancora qui con noi, seduto insieme a noi, anche oggi.

Posso però, solo per gettare un piccolo seme per il dibattito, sottoporvi sommessamente una breve riflessione.

Si può forse anche convenire, guardando alla realtà italiana, che non sussistono ostacoli, né di natura dogmatica, né di natura Costituzionale alla configurabilità di una responsabilità penale delle persone giuridiche e che si tratti, in fondo, solo di un problema -come si suol dire- di politica criminale; anche se certe osservazioni di Alberto Alessandri mi sembrano particolarmente convincenti ( ALESSANDRI, *Reati d'impresa e modelli sanzionatori*, Milano, 1984, p.57s.).

Tuttavia mi sembra che la soluzione positiva, pensando in termini di armonizzazione all'interno della CEE, sia quella destinata ad incontrare resistenze difficilmente superabili presso quei paesi che attualmente conservano il contrario principio della irresponsabilità penale delle persone giuridiche. Minori ostacoli incontrerebbe sicuramente una armonizzazione della disciplina della responsabilità penale-amministrativa (anziché penale-criminale) delle persone giuridiche. Tanto più che, come dicevamo, è ormai pronto il documento comunitario Bacigalupo-Grasso-Tiedemann che costituisce ben più di una semplice base di discussione per raggiungere questo traguardo e che l'assoggettabilità delle persone giuridiche a sanzioni amministrative è ormai patrimonio comune delle legislazioni degli stati membri.

Certo vi saranno alcuni nodi particolarmente problematici, quali quello del presupposto della responsabilità e del contenuto della sanzione, con i conseguenti riflessi sul piano delle garanzie sia sostanziali che processuali. E sicuramente farà discutere plasmare l'illecito penale amministrativo su schemi squisitamente penali criminali, in contrasto con una certa tendenza verso la costruzione separata dei due modelli d'illecito. Ma le probabilità di una felice conclusione del cammino sono certamente alte.

Ed in secondo e per me decisivo luogo, mi pare che la soluzione affermativa riduca il diritto penale a pura tecnica di controllo sociale, mentre io credo (forse perché così mi hanno insegnato) che il diritto penale sia soprattutto un sistema posto a tutela di valori che dev'essere esso stesso "valore", espressione di valori di civiltà giuridica, ed è tale se ed in quanto ne è al centro la persona umana in carne ed ossa.

O forse, ed ho finito, c'è un'altra considerazione che mi fa propendere per il mantenimento del *societas delinquere non potest*: è che a forza di trattarlo lungo tutto l'arco di questa relazione come una persona e per di più sofferente, l'ho così umanizzato che mi ci sono affezionato.

ANTONIO LAUDATI

DA LEI E LEI NE TRADIZIONALI ALLE MIOURE DI PREVENZIONE E  
DI SICUREZZA. I NUOVI STRUMENTI DI CONTROLLO  
ALLA CRIMINALITÀ ECONOMICA  
E LA CRIME EBLI/DOBBLIO PUNITIVO CLASSICO



1. Nell'ordinamento positivo italiano non esiste una definizione della "criminalità economica". Tale definizione fa riferimento ad un termine di origine sociologica ma non ha riferimenti né giuridici né tecnico legislativi.

Alcuni paesi europei hanno tentato di dare una definizione della materia. Ad esempio gli inglesi nel 1987 con la emanazione della *criminal justice act* hanno creato un ufficio di investigazione il: *Serious fraud office*, cui, per la prima volta nell'ordinamento inglese, sono applicati dei *barrister* che dirigono le investigazioni e che seguono poi il processo rappresentando l'accusa nel pubblico dibattimento. Tale organismo ha competenza specifica in relazione alle *serious fraud*, che dalla legge vengono indicati come *white collar crimes* (cioè reati commessi dai colletti bianchi) ovvero dalle *fraud excess \$ 5m or involve international money movements* (frodi superiori a cinquemilioni di sterline o che comunque comportano movimenti di danaro a livello internazionale).

I francesi hanno creato il TRACFIN, emanazione del GAFI (*groupe action financière*) che controlla di propria iniziativa tutte le operazioni finanziarie di particolare rilievo e che segnala all'Autorità Giudiziaria le operazioni sospette.

I tedeschi hanno, invece, inserito nella legge dell'ordinamento giudiziario tedesco, al paragrafo 74 lettera c), la creazione di sezioni specializzate economiche presso alcuni tribunali tedeschi che hanno, tali sezioni, specifica competenza in reati di natura economica.

In Italia, allo stato, non esistono competenze specialistiche e neppure una definizione della criminalità economica, né per materia, né per tipo di autore, né per il bene giuridico tutelato. Conseguentemente nella prassi con il termine criminalità economica si fa riferimento ai rapporti che esistono fra la criminalità, soprattutto quella organizzata, e l'economia.

D'altra parte occorre considerare che nel nostro ordinamento l'approfondimento delle tematiche relative alla tutela penale del mercato finanziario è relativamente recente. La nostra tradizione giuridica attribuiva la tutela dei rapporti economici esclusivamente nell'ambito di una tutela di natura privatistica. La nostra tradizione giuridica era caratterizzata da principi quali *pecunia non olet* ovvero *societas delinquere non potest*. Tali principi hanno di fatto impedito qualsiasi intervento di natura penale nell'ambito delle transazioni finanziarie e nei confronti di quei soggetti tipicamente societari che operano sul mercato.

Esistevano inoltre dei limiti di ordine culturale. Moltissimi economisti, ad esempio Godè, parlavano del mercato come di una zona eticamente neutra.

Basterà ricordare infine, per descrivere la situazione progressa del nostro ordinamento, un celebre scritto del Camelutti "la tutela penale della ricchezza" pubblicato dalla rivista italiana nel 1931, nello stesso anno di entrata in vigore del codice Rocco.

Camelutti spiegava mirabilmente come il codice penale, improntato alla tutela di beni giuridici, tutelava la ricchezza privata sia nella fase della formazione della ricchezza (libro II titolo VIII - reati contro la produzione) sia nella fase della circolazione della ricchezza (reati a tutela della moneta, tutela del credito, tutela del contratto) soprattutto nella fase finale della conservazione della ricchezza (titolo XIII - reati contro il patrimonio).

Da allora molte cose sono cambiate all'interno della nostra società. Uno dei fattori principali da prendere in considerazione è costituito dalla presenza in alcune regioni del territorio italiano di una fortissima criminalità organizzata che si manifesta con numerosi reati contro l'ordine pubblico, ma il cui aspetto più preoccupante è costituito dall'enorme flusso di danaro derivante dalle attività illecite (traffico di stupefacenti, estorsioni, rapine, usura, contrabbando, lotto clandestino etc.).

Secondo alcune accreditate stime effettuate da economisti, la mafia S.p.A. nel corso dell'anno 1991 ha fatturato centodiecimila miliardi di profitti, cifra sbalorditiva e corrispondente al deficit del bilancio dello Stato Italiano per quello stesso anno.

Fra gli addetti ai lavori è diventato familiare il concetto di economia mafiosa intesa come rete intricata di rapporti tra le attività criminali ed attività produttive formalmente lecite, ma finanziate in tutto o in parte con gli enormi profitti delle prime. D'altra parte la enorme consistenza dei profitti illeciti ha indotto la criminalità organizzata a gestire in proprio la fase del reinvestimento.

Alcuni fenomeni finanziari degli ultimi anni appaiono sintomatici rispetto a tali problematiche: l'eplosione degli investimenti in borsa, soprattutto in relazione agli investimenti anonimi; l'utilizzazione di titoli di stato negoziabili al portatore; la diffusione di società fiduciarie in aree geografiche tradizionalmente caratterizzate da una struttura economica arretrata, l'utilizzazione di strumenti finanziari con funzioni di schermo (*lease back, leasing addossè, transfer price*).

Fenomeni di questo tipo non costituiscono più solo un problema di ordine pubblico ma diventano un vero e proprio attentato alla democrazia, un problema di ordine costituzionale. Ed invero chi può utilizzare sul mer-

cato enormi flussi di danaro, soprattutto in periodi di congiuntura economica, altera i meccanismi della concorrenza, condiziona gli operatori, è in grado di acquistare i mass media e di manipolare il consenso, può far ricorso ad una attività cospicua di corruzione di funzionari pubblici o di gruppi di opinioni.

La questione dello Stato ha assunto consapevolezza del fenomeno ed ha tentato di reagire. È significativo che i principali interventi legislativi in materia siano stati determinati sempre da gravissimi fatti di sangue o di ordine pubblico verificatisi nella nostra nazione.

La prima svolta nella materia avviene nel 1982, all'indomani del l'omicidio del Profetto Dalla Chiesa con la legge n°64/82 cd. Rognoni - La Torre. Con tale legge viene introdotto il reato di cui all'art.413bis che prevede la ipotesi del controllo di attività economiche da parte delle associazioni di tipo mafioso, vengono introdotte delle indagini patrimoniali obbligatorie a carico delle persone sospettate di appartenere alla mafia, vengono disposte delle verifiche fiscali obbligatorie, vengono introdotte delle misure di prevenzione patrimoniali, quali la confisca dei patrimoni illecitamente acquisiti.

Negli anni successivi è stata introdotta una efficace normativa di contrasto al riciclaggio di danaro sporco, culminata recentemente nell'approvazione della legge n°328/93 che costituisce la ratifica da parte dello Stato Italiano della Convenzione di Strasburgo in tema di riciclaggio. Deve essere notato come la normativa antiriciclaggio costituisca sicuramente il superamento del principio *pecunia non olet*.

Parallelamente è stata progressivamente introdotta una normativa tesa ad ottenere la trasparenza delle operazioni finanziarie che intervengono dal mercato, con un forte ricorso a sanzioni penali a carico degli operatori scorretti. Ciò è avvenuto con la legge n°77 del 1983 in tema di fondi comuni di investimento, con la legge n°287 del 1990 in tema di *antitrust*, con la legge n°1 del 1991 in tema di SIM; con la legge n°197 del 1991 in tema di *Insider Trading*, con la legge n°197 del 1991 concernenti le operazioni bancarie superiori a ventimilioni di lire, con il D.L. n°84 del 25 gennaio 1992 in tema di Sicav (società di investimento a capitale variabile); con il D.L. n°86 del 1992 in tema di OICVM (Organismi di investimento collettivo in valori mobiliari); da ultimo con la legge n°310 del 1993, cd. Legge Mancino in tema di S.r.l. e di trasferimento di immobili e di esercizi commerciali con l'obbligo dei notai di segnalare le transazioni sospette. Tutta questa complessa normativa costituisce in parte il superamento del principio *societas delinquere non potest*.

2. La legislazione in tema di profitti illeciti della criminalità organizzata di tipo mafioso, ha avuto, di recente, un ulteriore sviluppo, rappresentato dal tentativo di affiancare al controllo sul momento intermedio della circolazione del danaro, anche una sorta di controllo sul momento finale della sua concentrazione in capo ad un soggetto. Ciò è avvenuto attraverso una dilatazione dell'istituto della confisca con la creazione di nuove ipotesi obbligatorie, sottratte ad ogni discrezionalità, estendendo la gamma dei beni sottoponibili alla espropriazione ed introducendo dei meccanismi di semplificazione probatoria.

Il ricorso allargato alla confisca è di data recente, in quanto dal 1990 con la legge n°55 è stato introdotto il co.7 dell'art.416*bis* c.p. che prevede nei confronti del condannato la confisca obbligatoria delle cose che costituiscono il prezzo il profitto, il prodotto o il reimpiego del reato. In precedenza, con la legge n°646/82 la confisca aveva fatto il suo ingresso nel sistema delle misure di prevenzione con la applicazione nei confronti di coloro che risultano indiziati di appartenenza ad una associazione di tipo mafioso.

Da ultimo il possesso di beni di sospetta provenienza mafiosa era stato ricondotto nell'ambito di una vera e propria sanzione criminale. Ciò era avvenuto con l'art.12*quinqies* della legge n°356/92, approvata all'indomani delle stragi di Capaci e di Via D'Amelio, che introdusse, con l'art.12*quinqies*, una ipotesi di reato che sanzionava il possesso ingiustificato dei beni e che ha introdotto un obbligo di giustificazione della provenienza dei beni che si possiedono.

Tale normativa è stata di recente dichiarata incostituzionale dalla Corte Costituzionale con la sentenza n°48 del 1994 ed il legislatore con la introduzione di un art.12*sexies* ha riportato l'intervento sul terreno delle misure di sicurezza, stabilendo comunque, congiuntamente alla applicazione di una sanzione penale la confisca dei patrimoni illeciti con lo strumento della misura di sicurezza accessoria ad una serie di ipotesi di reato tipiche della criminalità organizzata.

Si tratta di norme che passano dal concetto di pericolosità personale a quello di pericolosità reale e che tendono a contrastare la criminalità organizzata sul decisivo terreno della accumulazione dei profitti illeciti attraverso il ricorso alla confisca.

Conseguentemente si può cronologicamente ricostruire la portata, nel nostro ordinamento, della confisca quale misura di sicurezza patrimoniale che:

- nel 1930 riguardava le cose che costituiscono il prezzo del reato (art.240 c.p.);
- nel 1990 riguardava le cose che costituiscono il prezzo, il profitto,

il prodotto o il reimpiego del delitto di associazione mafiosa (co.7 art. 416bis c.p.);

• nel 1994 riguarda anche i beni, il denaro o le utilità sproporzionate al reddito ed alle attività economiche di cui si dispone direttamente o indirettamente e di cui non si giustifica la provenienza (art.12sexies legge n°356/92).

A ripercorrere, sia pure a grandi linee, l'evoluzione storica della confisca, si può notare che nonostante i profondi mutamenti intervenuti nell'assetto dei sistemi punitivi e le trasformazioni delle funzioni ideologiche e pratiche affidate nel tempo agli strumenti sanzionatori, la presenza della confisca mostra una presenza pressoché ininterrotta.

E' curioso notare come, nonostante tale perdurante vitalità, la confisca, a differenza di altri istituti, appaia segnata da un destino scientifico piuttosto oscuro, di basso profilo.

Nel diritto romano la confisca era una pena, così nel diritto intermedio. Il codice Rocco introduce la novità dell'inserimento della confisca tra le misure di sicurezza. Esse sono state delineate come sanzioni di carattere amministrativo volte a prevenire e non a reprimere il reato e basate non sulla colpevolezza del soggetto ma sulla pericolosità sociale. Nella relazione al codice si sottolinea che "esse non si confondono con le pene e tantomeno si sostituiscono ad esse, ed hanno, di regola, fini socialmente eliminativi o curativi o terapeutici". Si ammette che manca ogni proporzione tra il fatto penalmente illecito e la misura di sicurezza, che "non è reazione di giustizia, ma azione di difesa contro il pericolo di commissione di nuovi reati". Dal punto di vista costituzionale è certo, ed anche la Corte Costituzionale lo ha affermato con la sentenza 16 giugno 1970 n°96, che la dicotomia pena-misura di sicurezza del sistema sanzionatorio è recepita dalla stessa Costituzione che nell'art.25 co.2 e 3, prevede proprio i due tipi di sanzione, stabilendo per entrambe una riserva assoluta di legge.

Invero la previsione di ipotesi di obbligatorietà della confisca, consente qualche riflessione riguardo alla collocazione della figura nel sistema delle misure di sicurezza. Basti pensare alla necessità di infliggere la confisca nei casi in cui pur si ritiene il reo meritevole della sospensione condizionale della pena. Qui la prognosi che il soggetto si asterrà dal commettere ulteriori reati appare difficilmente conciliabile sia con l'idea di una pericolosità che dalla cosa passa al soggetto, sia con il più tradizionale modello di una efficacia agevolatrice o di stimolo alla commissione di nuovi reati. Di fatti la privilegiata attenzione mostrata dal legislatore nei confronti della confisca obbligatoria, rivela una sempre più accentuata curvatura dell'istituto verso soluzioni qualificabili in termini di pena accessoria.

L'istituto della confisca negli ultimi anni si è caratterizzato esclusi-

varmente nel segno di una dilatazione della figura di tipo obbligatorio in una serie innumerevole di materie: reati finanziari, armi, droga, ecc. ecc.

A conferma della disponibilità dell'istituto ad incorporare istanze sanzionatorie nelle più varie branche dell'ordinamento, vi è da registrare l'ingresso della confisca nel settore delle misure di prevenzione. I profili innovativi sono qui molteplici ed attengono soprattutto ad una tecnica di anticipo della soglia di punibilità.

E' nota la classificazione operata dal Nuvolone fra la prevenzione *ante delictum* (misure di prevenzione) e la prevenzione *post delictum* (misure di sicurezza).

Per la verità le misure di prevenzione e quelle di sicurezza hanno molti punti di contatto:

- entrambe sono proporzionali alla pericolosità sociale del soggetto;
- la legge n°1423 del 1956, su cui ruota il sistema della prevenzione, prevede per la applicazione dell'istituto la procedura dettata dal codice per la applicazione delle misure di sicurezza;
- l'art.10 della legge stabilisce che quando sia stata applicata una misura di sicurezza detentiva, cessano gli effetti della misura di prevenzione della sorveglianza speciale, con ciò rendendo evidente che la finalità perseguita con la misura di prevenzione resta assorbita nella misura di sicurezza;
- il nostro ordinamento già prevede la applicazione di misure di sicurezza prima della commissione di un reato, come ad esempio nella ipotesi dell'art. 115 c.p.

Ovviamente le misure di prevenzione si applicano, a differenza delle misure di sicurezza, anche senza la commissione di un reato sulla base di meri indizi.

Un ulteriore sviluppo della legislazione era rappresentato dal tentativo di introdurre una sanzione criminale, con natura di reato di sospetto e di mera condotta che sanzionava il possesso ingiustificato di beni sproporzionati al reddito dichiarato od alle attività economiche. Il secondo comma dell'art.12 *quinquies* della legge n°356/92, dopo un ampio dibattito dottrinario e giurisprudenziale, è stato dichiarato incostituzionale con la sentenza della Corte Costituzionale n°48 del 17 febbraio 1994.

Nel corso della sentenza la Corte stigmatizza il confuso ordito normativo che ha preteso di assimilare tra loro settori dell'ordinamento del tutto eterogenei.

Qualche giorno dopo il deposito della sentenza il Governo ha emanato il decreto legge n°123/94 (successivamente reiterato ed approvato definitivamente con la legge 8 agosto 1994 n°501 dal Parlamento ) che ha

introdotto l'art. 12*sexies* della 356/92 il quale ha previsto delle "ipotesi particolari di confisca" nel caso di condanna o di applicazione della pena ai sensi dell'art. 444 c.p.p. per una serie di reati sintomatici della criminalità mafiosa.

La norma in questione impone al giudice di acquisire al patrimonio dello Stato il danaro, i beni o altre utilità che si trovino nelle titolarità o nella disponibilità di una persona condannata (o alla quale è stata applicata una pena ex art. 444 c.p.p.) per alcuni gravi reati, quando il valore di quei beni risulti sproporzionato al reddito dichiarato per fini fiscali e degli stessi il soggetto non possa dimostrare la provenienza.

Quattro sono dunque gli elementi cardini della norma:

1. Lo status soggettivo di persona condannata per alcuni reati
2. La ricchezza o disponibilità di beni.
3. La sproporzione tra il valore dei beni ed il reddito o la attività economica ufficiale.
4. L'impossibilità di giustificare la provenienza.

La novità più significativa, introdotta con la confisca disciplinata dall'art. 12*sexies*, è costituita dall'obbligo che incombe in capo al soggetto inquisito di dimostrare la legittima provenienza dei beni che si accusano provenire o compiere dei delitti di criminalità organizzata o che sono suscettibili di confisca. Si tratta di un meccanismo processuale che incide notevolmente sul meccanismo probatorio, semplificando l'onere della accusa, e che ha suscitato vivaci discussioni.

La Cassazione, in tema di misure di prevenzione, è costante nel ritenere che in questa ipotesi "non sussiste inversione dell'onere della prova circa la provenienza dei beni giacchè a carico della persona verso cui si dirige la azione è posto esclusivamente un onere di allegazione per sminuire od elidere la valenza degli elementi indizianti offerti dalla accusa (vedi da ultimo (Cass. Sez. I, sent. n°212 del 1/3/1991, Fromalli).

Analogamente la sentenza n°48 del 1994 della Corte Costituzionale, pur dichiarando la illegittimità costituzionale dell'art. 12*quinqüies* legge n°356/92 per contrasto con l'art. 27 della Costituzione non è entrata nel merito del meccanismo dell'obbligo di giustificazione dei beni posseduti, che alcuni giudici remittenti assumevano in contrasto con l'art. 42 della Costituzione che tutela la proprietà privata.

Si deve, quindi, ritenere che nel nostro ordinamento si è consolidato un principio di trasparenza che riguarda non solo le transazioni finanziarie ed il mercato ma la stessa proprietà privata. Conseguentemente è perfettamente lecito possedere ricchezza, ma incombe su tutti l'obbligo di fornire, su richiesta dei pubblici poteri, la giustificazione della provenienza dei

beni che si possiedono. Il principio di trasparenza costituisce uno dei presupposti delle società moderne per la creazione di Stati e Comunità democratici e quindi liberi dal crimine.

VINCENZO MILITELLO

GRUPPI BANCARI E RESPONSABILITÀ PENALE\*

---

\* Intervento, rivisto ed integrato dalle note, al Seminario internazionale (Urbino - San Marino, 20-22.10.1994).



*Sommario: 1. LA RILEVANZA DEL TEMA NEL QUADRO DEL "DIRITTO PENALE MODERNO". 2. IL MODELLO DELLA BANCA UNIVERSALE ED IL RUOLO DEI GRUPPI BANCARI. 3. LO "STATUTO PENALE" DEI GRUPPI BANCARI NEL TESTO UNICO DEL CREDITO. 4. LA TRASPARENZA IN MATERIA DI PARTECIPAZIONI AZIONARIE.*

### **1. La rilevanza del tema nel quadro del "diritto penale moderno".**

Fra i temi all'orizzonte di un "futuro sistema penale bancario" -al quale è dedicato la presente sessione dei nostri lavori- il rapporto fra diritto penale e gruppi bancari assume un ruolo da "antesignano": se infatti non è difficile prevedere che il suo rilievo sarà primario nei futuri sviluppi del panorama economico e della relativa disciplina giuridica, non si può trascurare che l'argomento ha già assunto una propria dimensione nel diritto positivo e per di più vi rappresenta materia di viva attualità. Esso in particolare ha ricevuto un importante contributo dall'ampia opera di coordinamento e consolidamento normativo contenuta nel recente testo unico del credito<sup>1</sup>, il cui significato generale merita di essere preliminarmente segnalato.

Si è infatti trattato di uno sforzo quanto mai opportuno per recuperare certezza ed armonia di disciplina ad un settore che non solo era afflitto da un risalente *deficit* di coerenza normativa, ma che anche è stato fra quelli maggiormente interessati dal rinnovamento del quadro giuridico del nostro mercato mobiliare e finanziario. Processo, quest'ultimo, che, anche a causa del forte impulso proveniente dalle fonti comunitarie, negli anni più recenti aveva assunto ritmi frenetici, per frequenza di interventi, e contenuti incerti, per l'"alluvionale" stratificazione normativa che si era via via accumulata<sup>2</sup>.

---

1) Il testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (abbr. T.U. banc.) è stato approvato con d. l.vo 1.9.1993 n.°399.

2) Il carattere asistematico del "diritto dei mercati finanziari" e della relativa tutela penale è di frequente rilevato. Per un recente quadro di sintesi, cfr. PEDRAZZI,  *Mercati finanziari (disciplina penale)*, Dig. disc. pen., VIII, 1994, p.654s. Cfr. pure MELCHIONDA AL.,  *Mercato dei valori mobiliari (tutela penale del)*, Enc. giur., 1990, p.1s.; MINERVINI,  *Il controllo del mercato finanziario. L'alluvione delle leggi*, Giur. Comm., 1992, I, p.5.

In tale quadro, la particolare tematica dei gruppi bancari si presenta all'attenzione del penalista come paradigmatica di quel più generale fenomeno di "modernizzazione del diritto penale", che è stato di recente evidenziato<sup>3</sup>. Alla emersione di nuovi problemi di politica criminale i moderni sistemi giuridici tendono a reagire con interventi altrettanto nuovi: una novità che in primo luogo è di contenuti, rispetto alle originarie caratteristiche del modello liberale di tutela penale, ma che è anche di forme e di collocazione sistematica, in quanto si tratta di risposte normative specifiche ad esigenze disparate, le quali si scaricano con forza centrifuga sull'assetto tradizionale del sistema penale. Esse alimentano infatti quella legislazione penale speciale e complementare che, a dispetto dell'etichetta, ha finito per assumere una dimensione quantitativa addirittura prevalente rispetto all'originario nucleo codicistico.

A fronte delle letture di tali segni dei tempi che preconizzano una disintegrazione del sistema penale, sostituito da un reticolo di organismi normativi autonomi e variabili, non sono però da trascurare tendenze compensatrici rispetto ai fenomeni accennati: l'esigenza di certezza giuridica e di recupero della centralità del codice penale si manifesta macroscopicamente nell'attuale processo di ricodificazione del diritto penale, che interessa il nostro come altri Paesi europei<sup>4</sup>, ma anche, sebbene in modo meno appariscente e con una portata più limitata, nello sforzo di consolidare singoli settori normativi, come appunto dimostra il testo unico in materia creditizia<sup>5</sup>. L'idea di provvedere a riordini normativi di settore anche al di fuori della materia da affidare al testo codicistico risulta particolarmente proficua, in un contesto ordinamentale in cui la complessità di alcuni campi di attività richiede interventi normativi di diversa natura, ma

---

3) Soprattutto HASSEMER, *Kennzeichen und Krisis des modernen Strafrechts, Zeit. für Rechtspolitik*, 1992, p.378s. In proposito, cfr. gli atti (in corso di pubblicazione) del Convegno *Modernizzazione del diritto penale?* (Pavia, 30.10 - 1.11.1993).

4) Per un esame di tale ampio processo, con le necessarie indicazioni delle differenti opinioni sulla vitalità dello strumento codicistico, si deve qui rinviare a MILITELLO, *Il diritto penale nel tempo della "ricodificazione". Progetti e nuovi codici penali in Italia, Francia, Spagna, Inghilterra*, in corso di pubblicazione in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995.

5) Il significato del testo unico in materia, quale inversione di tendenza rispetto al noto fenomeno di decodificazione, è ad esempio evidenziato da SEPE, *Brevi note sul testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, Banca, borsa tit. cred.*, 1994, p.506.

reciprocamente integrati<sup>6</sup>.

## 2. Il modello della banca universale ed il ruolo dei gruppi bancari.

Considerando più in particolare la problematica dei gruppi bancari, una osservazione appare opportuna in relazione al rilievo che questi assumono nel quadro della nuova normativa. L'affermazione nel d.l.vo n°481/92 del principio di despecializzazione dell'attività bancaria, con la conseguente possibilità per gli enti bancari di operare sull'intera gamma dell'attività finanziaria secondo il modello multidivisionale della banca universale, non va letta come un disincentivo alla propensione degli stessi enti ad aggregarsi in strutture di gruppo, articolate al proprio interno in una pluralità di distinti soggetti economici specializzati per singoli rami di attività. Si tratta invece di un arricchimento delle formule organizzatorie che amplia le scelte dell'imprenditore e che è dunque congeniale a quella logica orientata al mercato, posta a base del nuovo ordinamento del credito. L'attuale quadro normativo favorisce peraltro i noti processi, in atto ormai da anni, di evoluzione della realtà bancaria piccola e media verso forme di aggregazione più ampie e solide: ad esempio, la trasformazione di banche popolari in S.p.A. è autorizzata dalla Banca d'Italia per "fini di razionalizzazione del sistema" (art.31 T.U. banc.).

Corrispondentemente, anche l'apparato amministrativo e contabile necessario a controllare il corretto svolgimento dell'attività bancaria non si limita ad una considerazione atomizzata delle singole realtà operanti nel settore, ma tende sempre più a modellarsi sulle caratteristiche delle aggregazioni bancarie, che ormai dominano lo scenario economico: sul piano "consolidato" sono ormai estesi tanto l'intero sistema di vigilanza, quanto

---

6) In tale direzione, è stato suggerito di sfruttare i vantaggi della codificazione anche rispetto ad alcuni importanti gruppi di incriminazioni che è opportuno mantenere esterni al codice penale, ma per le quali non meno urgenti appaiono le esigenze di riforma ed i bisogni di certezza (come in tema di armi, stupefacenti, inquinamento, associazione per delinquere di stampo mafioso, reati bancari e societari): cfr. *Osservazioni dell'Istituto di diritto penale della Università di Palermo sullo schema di legge delega per un nuovo codice penale, Indice pen.*, p.364.

gli obblighi di redazione del bilancio<sup>7</sup>. Un *trend* peraltro che, a conferma della vastità del fenomeno segnalato, riflette linee guide di matrice comunitaria e che per di più non è limitato al particolare settore bancario, ma è riscontrabile nell'intero scenario del diritto societario, anche se per singoli settori e materie, come dimostra la normativa in tema di bilanci consolidati, di cui al d.l.vo 9/04/1991 n°127<sup>8</sup>.

Nel quadro di una così ampia trasformazione del quadro normativo, anche il diritto penale non poteva restare immune. Secondo un processo già sperimentato in altri settori dell'ordinamento, la tendenza ad incrinare l'assolutezza del tradizionale principio di irrilevanza dei gruppi societari anche in diritto penale si avverte in materie specifiche, fra le quali quella bancaria appare di particolare interesse per il suo stato di avanzamento. Ciò non solo per alcune, pur importanti, previsioni penali espressamente dedicate ai gruppi bancari (quali ad esempio gli art.139, 140, e, con un ruolo diverso, come vedremo, 138 T.U. banc.), ma più in generale perché il riferimento a tali soggetti è frequente nei diversi contesti regolamentati dal testo unico, i quali a loro volta presentano molteplici risvolti penali<sup>9</sup>.

L'interesse e la varietà dei profili penali connessi al vigente statuto

---

7) Sulla vigilanza su base consolidata cfr. art.59-69 T.U. banc., che sostituiscono integralmente le corrispondenti norme contenute nel d.l.vo n°356/90, riguardante il gruppo creditizio, e nella l. n°114/86 e d.l.vo n°582/92, in materia di vigilanza su base consolidata. La materia dei bilanci nello specifico settore bancario è disciplinata dal d.l.vo 27/01/1992 n°87. Attuazione della dir. (CEE) n°635/86, relativa ai conti annuali ed ai conti consolidati delle banche e degli altri istituti finanziari, e della direttiva (CEE) n. 117/89, relativa agli obblighi in materia di pubblicità dei documenti contabili delle succursali, stabilite in uno Stato membro di enti creditizi ed istituti finanziari con sede sociale fuori dello Stato membro. Questa normativa sui bilanci bancari si segnala perché non rientra nell'ampia opera di abrogazione di discipline precedenti compiuta dal T.U. in materia (art. 161): ciò in quanto il suo ambito di applicabilità non è limitato agli intermediari creditizi, ma comprende anche quelli mobiliari. Il Testo Unico ha peraltro modificato la precedente normativa in tema di bilanci per adeguarla alle nuove disposizioni (art. 157). Opportuno, ad esempio, il collegamento alla nozione di "impresa capogruppo" fornita dal T.U. e la delimitazione delle imprese incluse nel consolidamento secondo parametri omogenei a quelli previsti con riferimento alla vigilanza consolidata (sul punto v. SEPE, *Brevi note sul testo unico*, cit., p.519).

8) Attuazione delle direttive n°78/660/CEE e n°83/349/CEE in materia societaria, relativa ai conti annuali e consolidati ai sensi dell'art. 1 comma 1 l. 26.03.1990 n°69.

9) Si pensi alle norme in tema di partecipazione al capitale delle banche (art.19-24) o di composizione del gruppo bancario (art.60-61), o ancora alla disciplina delle crisi in seno ai gruppi bancari (art.98-105).

giuridico del gruppo bancario risaltano ulteriormente se si considerano sullo sfondo delle ancor più ampie questioni che la tematica dei gruppi solleva. Per limitarsi ad alcuni esempi, si pensi all'interrogativo di fondo connesso al rispetto del principio di personalità della responsabilità penale tanto in relazione ai fatti commessi da singoli enti creditizi membri del gruppo nel quadro della politica unitaria decisa a livello di vertice<sup>10</sup>, quanto riguardo all'estensione degli obblighi a carico degli organi della capogruppo in merito al controllo delle attività del gruppo bancario<sup>11</sup>; e alla nuova dimensione, adeguata alle articolazioni di gruppo, in cui si deve ormai collocare la problematica di una diretta responsabilità penale degli enti collettivi, con i relativi strumenti sanzionatori<sup>12</sup>; ed ancora, al diverso tipo di intervento rispettivamente previsto per l'attività delle aggregazioni societarie in campo bancario e per la tutela del più generale mercato concorrenziale, rispetto alla quale la l. n°297/1990 ha preferito percorrere strade sanzionatorie alternative a quella penale<sup>13</sup>.

10) Sul problema, nel più generale contesto societario, sia consentito rinviare a miei precedenti lavori: *La responsabilità penale dell'impresa societaria e dei suoi organi in Italia*, in *Riv.trim.dir.pen.ec.*, 1992, p.103s.; *Gli abusi nel patrimonio di società controllate e le relazioni tra appropriazione e distrazione*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1991, p.266s.; *Aspetti penalistici dell'abusiva gestione nei gruppi societari: tra appropriazione indebita ed infedeltà patrimoniale*, in *Foro italiano*, 1989, II, p.420s.

11) Ad esempio, l'estensione al collegio sindacale della capogruppo dell'obbligo di comunicazione all'organo di vigilanza per le materie nelle quali è prevista l'attività di direzione e di coordinamento da parte della capogruppo, in specie rispetto ai dati ed alle informazioni necessari per dare esecuzione alle istruzioni impartite dalla Banca d'Italia nell'interesse della stabilità del gruppo. Le difficoltà di adeguati controlli sull'intero gruppo creditizio dovrebbero essere superate con adeguati sistemi di controllo interno: cfr. VALENTE, *Commento all'art. 52*, in *Commentario al T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia*, CAPRIGLIONE (cur.), Padova, 1994, p.275.

12) Emblematica in proposito l'innovazione contenuta nel nuovo codice penale francese, che, nel prevedere la responsabilità penale delle persone giuridiche, pone specifici problemi in merito all'atteggiarsi di tale responsabilità rispetto ai gruppi di società: cfr. PARIENTE, *Les groupes de sociétés et la responsabilité pénale*, in *Rev. Soc.*, 1993, p.247s.

13) In proposito, cfr. FOFFANI, *Legislazione antitrust e disciplina delle partecipazioni al capitale di enti creditizi: profili penalistici*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1991, 870 s.; MILITELLO, *La tutela della concorrenza e del mercato nella l. 10.10.1990 n. 297*, in *Riv.trim.dir.pen.ec.*, 1991, p.641; MUCCIARELLI, *Le sanzioni nella legge "Antitrust"*, in *LP*, 1990, p.610s.

### 3. Lo "statuto penale" dei gruppi bancari nel testo unico del credito.

Lo spessore dei nodi problematici ai quali è legato il tema dei gruppi, se indica il significato e l'interesse che l'argomento presenta, spiega al contempo l'impossibilità di affrontarli adeguatamente nel breve spazio del presente intervento. Più limitatamente, la segnalata ampia rilevanza dei gruppi bancari nella normativa vigente induce ad una considerazione ravvicinata dei principali punti di emersione normativa del fenomeno e dei relativi riflessi penalistici. Non va trascurato che, conformemente ad un dato comune sul piano comparatistico<sup>14</sup>, anche nel nostro ordinamento manca una generale disciplina giuridica dei gruppi, comune ai vari settori di operatività. Dei vari "frammenti" normativi positivamente contenuti nel nostro ordinamento, quello relativo ai gruppi nel particolare settore bancario costituisce un ceppo risalente ed ormai ben sviluppato, che ha tratto ulteriore chiarimento dalla complessiva sistemazione della materia offerta dal testo unico di settore.

Ciò conferma un più generale atteggiamento del legislatore rispetto alla definizione tipologica dei gruppi, che a sua volta costituisce un tema centrale per l'intero diritto dell'economia e non solo all'interno dei confini del nostro ordinamento giuridico: quanto più ampia è la portata dell'intervento legislativo, tanto maggiore è il "riserbo" ad intervenire in via definitiva in materia, pur nella tendenza ad applicare le diverse normative a collegamenti societari sempre più estesi; quando invece la materia regolata si presenta più omogenea e delimitata vi è un maggiore sforzo definitorio del legislatore, che per lo più limita l'ampia nozione generalmente valida<sup>15</sup>.

La vicenda dei bilanci consolidati assume in proposito un valore di pietra di paragone: il regime generale in materia societaria evita ogni riferi-

14) Ad esempio, la mancanza sul piano comunitario e degli ordinamenti degli Stati membri di una disciplina generale dei gruppi è di recente testimoniata nel lavoro collettivo *Groups of Companies in the EEC: A Survey Report to the European Commission on the Law relating to Corporate Groups in various Member States*, WYMBERSCH (ed.), Berlin - New York, 1993.

15) In relazione al problema definitorio, rileva la "timidezza" che ha colto il legislatore nei casi in cui l'intervento normativo è stato più innovativo FOFFANI, *Le aggregazioni societarie di fronte al diritto penale; appunti sulle nozioni di 'partecipazione rilevante', 'collegamento', 'controllo' e 'gruppo'*, in *Riv.trim.dir.pen.ec.*, 1993, p.149.

mento testuale ai gruppi, preferendo concetti come controllo o influenza dominante ed indicandone al contempo un'accezione notevolmente ampliata (art. 25 e 26, d.l.vo n° 127/91 attuativo della direttiva CEE sui bilanci consolidati). Nello specifico settore bancario, invece, i gruppi sono espressamente menzionati e definiti per delimitare la portata applicativa dell'obbligo di redazione del bilancio consolidato (art. 4, 24, 25, d.l.vo n° 87/1992).

Una simile restrizione della disciplina dei gruppi a settori che lasciano individuare caratteri del fenomeno sufficientemente omogenei è di particolare importanza nell'ottica del penalista, per evidenti ragioni di conformità alle esigenze di determinatezza delle incriminazioni ed al connesso principio di legalità. In tale direzione, la normativa in materia bancaria segna un importante momento nel cammino di progressiva emersione penale del fenomeno dei gruppi, finora alternativamente considerato come contesto di frode o viceversa come fattore di giustificazione<sup>16</sup>. Almeno con riferimento ai gruppi bancari, si registra ora un'ulteriore dimensione: il gruppo come oggetto diretto di tutela penale, i cui interessi possono essere autonomamente offesi. L'innovazione trascende lo specifico settore creditizio e concerne la teoria generale del soggetto passivo del reato, che per le collettività non dotate di personalità giuridica richiede comunque una organizzazione e la possibilità di imputare unitariamente i rapporti sorti dalla propria attività<sup>17</sup>. Il dato innovativo consiste nella considerazione del gruppo come portatore di un interesse meritevole di tutela penale, anche ove dovessero mancare i requisiti dell'organizzazione e della possibilità di imputazione unitaria dei rispettivi atti.

Il riferimento in proposito è alla norma sull'aggiotaggio bancario, che punisce la divulgazione di notizie false, esagerate o tendenziose concernenti banche o gruppi bancari (art. 138 T.U. banc.). Questa figura era già conosciuta dall'art. 98 l. banc., nel quale però mancava la menzione dei gruppi: la nuova formulazione configura un'importante riconoscimento di tute-

---

16) Per la duplice rilevanza penale dei gruppi cfr. DELMAS-MARTY, *Le droit pénal des sociétés commerciales et la discipline pénale des marchés mobiliers en France*, in *Comportamenti economici e legislazione penale*, PEDRAZZI-COCO (cur.), Milano, 1979, p. 59. Un ridimensionamento del carattere generale di tale distinzione in MILITELLO, *Gruppi di società e diritto penale nell'esperienza francese*, Riv. soc., 1989, 738. Sul punto v. anche da ultimo FOFFANI, *Le aggregazioni*, cit., p. 122.

17) In questi termini, sviluppando peraltro riferimenti normativi di tipo processuale, ALMONETTO, *Persona offesa dal reato*, Enc. dir., XXXIII, 1983, p. 321.

la, specie in quanto le numerose incriminazioni analoghe (aggiotaggio comune *ex art.501 c. p.*, quello bancario societario *ex art.2628 c.c.*, quello sui valori mobiliari *ex art.5* della l. 157/1991 sull'*insider trading*), pur fatte salve dalla norma menzionata, non considerano espressamente i gruppi come tali. E' invece ben possibile che questi siano coinvolti nelle rispettive condotte illecite, come indica del resto la formulazione adottata nel testo dell'ultima figura di reato richiamata, l'aggiotaggio sui valori mobiliari incriminato dalla legge sull'*insider trading*: qui è prevista una pena raddoppiata quando i fatti di aggiotaggio indicati dai commi 1 e 2 siano posti in essere da azionisti che "anche di fatto esercitano il controllo della società" (*ex art.2359 c. c.*)<sup>18</sup>.

Anche quando non rilevi come autonomo soggetto penalmente tutelato, l'esistenza di un gruppo bancario può comunque comportare una estensione delle norme penali a posizioni che altrimenti ne resterebbero estranee: vengono qui in considerazione, in primo luogo, le disposizioni che dichiarano applicabili le norme del testo unico in materia di partecipazione al capitale sociale (art.19-24) e la connessa tutela penale (ad es. art.134 e 140) rispettivamente alla società finanziaria capogruppo di gruppo bancario ed alle altre società che ne fanno parte (locuzione quest'ultima da intendersi come società diverse dalle banche) (art.63 co.1 e 2).

Un ulteriore punto di emersione dell'indicato *trend* verso un ampliamento della specifica rilevanza dei gruppi si rinviene nella norma in tema di "obbligazioni degli esponenti bancari" (art.136 T.U. banc.). Essa è volta a prevenire conflitti di interesse fra la banca ed i soggetti che vi svolgono "funzioni di amministrazione, direzione e controllo" (c.d. esponenti bancari) in relazione ad obbligazioni di qualsiasi natura, compravendite ed operazioni di finanziamento: per la determinazione degli ambiti tanto soggettivo quanto oggettivo di applicazione rilevano le posizioni collegate ad altre banche o società facenti parte del gruppo bancario. L'estensione qui concerne le società diverse dalle banche che, nonostante tale loro caratteristica, in quanto rientranti nel gruppo bancario rilevano per la citata norma e di conseguenza godono della tutela penale disposta dall'art.2624 c.c., richiamato dall'ultimo comma dello stesso art.136 T.U. banc.

---

18) Segnala opportunamente l'innovazione SEVERINO DI BENEDETTO, *Commento all'art. 138*, in *Commentario*, cit., p.682s. Per la speciale figura di manipolazione del mercato mobiliare v. CRESPI, *Insider trading e frode sui mercati mobiliari*, in *Riv. soc.*, 1991, p.1673.

La previsione si segnala in particolare perché dimostra di avere ben presente la realtà economica dei gruppi di società ed il conseguente intreccio di posizioni soggettive nei vari organi sociali delle diverse entità formalmente autonome. Infatti, proprio alla luce dei possibili rapporti economici all'interno di uno stesso gruppo, la norma citata configura una particolare procedura per escludere il divieto di compiere le operazioni descritte in presenza, fra l'altro, dell'assenso della capogruppo. L'importanza della previsione si coglie sotto un duplice profilo: per un verso, alla luce dell'esperienza giurisprudenziale, che sin dagli anni ottanta aveva applicato la norma corrispondente proprio a fatti accaduti in contesti di gruppo (art.38 l. banc.)<sup>19</sup>. In secondo luogo, è facile segnalare la novità nel panorama generale dello "statuto penale" dei gruppi societari: si tratta di una prima definizione normativa del contesto di gruppo come "fattore di giustificazione", sia pure per il limitato settore del credito. Si muove così un passo nella direzione, da tempo segnalata, di individuare con sufficiente determinatezza i limiti in cui la realtà dei gruppi societari può costituire la fonte di liceità rispetto ad attività che in altri contesti sono invece penalmente rilevanti<sup>20</sup>.

Proprio nella stessa direzione assume rilievo l'indiretto, ma non meno importante, risvolto penale delle più generali previsioni sui rapporti fra organo di vigilanza (Banca d'Italia) e singoli gruppi bancari. Il primo si cura della "gestione sana e prudente del gruppo" ed emana istruzioni volte "ad assicurare la stabilità del gruppo"; a sua volta la capogruppo provvede a farle osservare alle componenti del gruppo, nell'"esercizio dell'attività di direzione e di coordinamento" (art.60 co.3 e 4 T.U. banc.). Anche qui dunque un riconoscimento normativo dell'esistenza e della rilevanza del gruppo come insieme unitario, il cui interesse sociale non solo va al di là delle attività sociali delle sue singole componenti, ma che è per di più a queste sovraordinato, in quanto la capogruppo legittimamente "dirige e coordina" le componenti del gruppo.

Alla luce di ciò riceve ulteriore conferma una conclusione già anticipata per verificare la rilevanza penale nel nostro ordinamento di eventuali operazioni finanziarie commesse in seno al gruppo: vista la liceità (ed ora il

19) Cfr. Cass. 20/05/1980, Sindona, *Cass. pen.*, 1981, p.1163; Trib. Milano, 1989, Banco Ambrosiano c. Soc. Cir, *Giur.it.*, 1990, I, 2, p.166.

20) Auspicava una tale definizione, ancorché con riferimento alla problematica dell'infedeltà patrimoniale, già BRICOLA, *Lo statuto dell'impresa: profili penali e costituzionali*, in *Imprenditore e legge penale*, Ancona, 1985, p.100.

riconoscimento normativo espresso) di un interesse sociale di gruppo, atti di disposizione di fondi o di altra utilità (contratti, licenze ecc.) non possono qualificarsi come rivolti a conseguire un profitto ingiusto, almeno in quanto si tratti di operazioni atte a produrre effetti favorevoli per altre componenti dello stesso gruppo o anche per il gruppo nel suo complesso<sup>21</sup>.

Per determinare gli esatti confini di tale bilanciamento fra interessi diversi occorrerebbe un riconoscimento normativo espresso di tale fonte di liceità del comportamento delle imprese di gruppo, con l'indicazione dei relativi limiti e di eventuali risarcimenti extrapenali. Meritevoli di particolare considerazione sono infatti le posizioni dei soci di minoranza, che non godono dei vantaggi limitati ad altre componenti del gruppo. A tale proposito, un'interessante sforzo di concretizzazione normativa è stato compiuto dal recente schema di legge delega per un nuovo codice penale<sup>22</sup>: nel rispondere al risalente coro di richieste per l'introduzione anche nel nostro ordinamento di una fattispecie di infedeltà nella gestione di patrimoni d'impresa (art. 112 n°2 "Progetto 1992"), ci si è preoccupati di considerare espressamente le condizioni di liceità delle operazioni economiche in seno ai gruppi di imprese societarie, che in altri ordinamenti da tempo dotati di analoga incriminazione hanno posto delicati problemi di punibilità<sup>23</sup>.

21) Ho proposto tale conclusione in *Aspetti penalistici dell'abusiva gestione nei gruppi societari*, cit., p.421s.; ed anche in *Gli abusi nel patrimonio di società controllate*, cit., p.280s. La considerazione normativa della prevalenza dell'interesse di gruppo come tale indebolisce la conclusione secondo cui occorre limitare alla singola società la considerazione del bilanciamento fra vantaggi e costi dell'operazione (PEDRAZZI, *Disciplina giuridica del gruppo di imprese*, 1981, p.160s.). Sul punto cfr. pure BRICOLA, *Lo statuto dell'impresa*, cit., p.99; MANGANO, *L'infedeltà patrimoniale degli amministratori dei gruppi di imprese*, *Riv.trim.dir.pen.ec.*, 1989, p.1003s.; ALESSANDRI, *I reati societari: prospettive di rafforzamento e di riformulazione della tutela penale*, *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1992, p.509.

22) Pubblicato, fra l'altro e da ultimo, in *Giust. pen.*, 1994, II, p.88s. Per ulteriori notizie e riferimenti in proposito devo qui rinviare al mio studio *Il diritto penale nel tempo della "ricodificazione"*, cit., parte I par. 2.2.

23) Cfr. per la Francia, MILITELLO, *Gruppi di società*, cit., p.776s.; per la Germania FOFFANI, in *Dig. disc. pen.*, VI, 1992, p.410s. Peraltro, altrove lo stesso A. (FOFFANI, *Le aggregazioni*, cit., p.156s.) appare critico sulla scelta compiuta dal Progetto 1992, sia per l'originalità nel quadro comparatistico della menzionata scriminante, sia per la vaghezza del termine "impresa collegata", che sarebbe da ricavare dall'art.2359 u.c. e dunque esulerebbe dalla più ristretta nozione di "gruppo". In verità, che la norma sia stata formulata proprio per tale ordine di fenomeni risulta in modo chiarissimo dalla relazione al testo proposto; accreditare allora come obbligato il riferimento alla nozione civilistica di "società collegate"

Anche il riconoscimento normativo dei gruppi c.d. di fatto presenta spunti interessanti per considerazioni di ordine penalistico. A chiusura della disciplina dettata in materia di crisi dal titolo quarto del testo unico, si parificano tali realtà ai gruppi bancari regolarmente iscritti nell'apposito albo (art. 105). La norma comporta la rilevanza di tali soggetti anche ai fini di eventuali responsabilità penali connesse alla crisi delle imprese. Nonostante però l'importante contributo ad una considerazione non formalistica della realtà normativamente regolata, ciò non basta a superare l'ostacolo della mancata previsione legale che da sempre è opposto nel risalente dibattito sull'adozione di criteri formali o piuttosto sostanziali per individuare i soggetti attivi dei c.d. reati qualificati.

Nel nostro ordinamento vigente, come è noto, né la banca come tale né il gruppo bancario, anche di fatto, sono direttamente responsabili degli eventuali reati commessi nell'ambito delle proprie attività, ma lo sono soltanto le persone fisiche che ne sono organi: la mancanza di una norma generale che parifichi all'investitura formale l'agire per conto dell'ente non è superata dalla previsione del gruppo bancario di fatto nella disciplina delle crisi. In altre parole, perché la norma ricordata possa incidere sul problema dell'individuazione della responsabilità penale in base alle funzioni svolte e non alle qualifiche formali dei soggetti attivi occorrerebbe un passaggio intermedio: l'espreso riconoscimento che anche gli enti collettivi come tali possono essere soggetti attivi del reato e delle conseguenti sanzioni.

Se anche una tale soluzione sembra restare estranea alle probabili prospettive di riforma nel nostro ordinamento<sup>24</sup>, a differenza di altri recenti

---

rischia di apparire un retaggio della risalente lettura unificante dei termini privatistici impiegati dal diritto penale (per un riepilogo della questione generale sia consentito rinviare a MILITELLO, *Patrimonio (delitti contro il)*, *Dig. disc. pen.*, IX, Torino, 1995, par. 2). Si potrebbe in ogni caso pensare ad una formulazione della norma più adeguata alle specificità del fenomeno dei gruppi, senza per questo concludere che sarebbe piuttosto preferibile evitare una simile "novità" sul piano comparatistico. Ritengo che invece le difficoltà già sperimentate sul punto in altri ordinamenti facciano preferire un intervento normativo preciso: questo infatti sarà comunque più sicuro rispetto alla soluzione di affidare in toto alla giurisprudenza la definizione dei limiti scriminanti dell'illiceità di operazioni in seno ai gruppi societari (come invece propone l'A. citato).

24) Da segnalare in margine che la problematica di un'eventuale responsabilità penale delle persone giuridiche, pur presente fra i temi di riflessione politico-criminale della Commissione che ha predisposto il "Progetto 1992", non ha trovato accoglienza nel testo finale pubblicato, né le pur accurate relazioni che accompagnano il testo proposto spiegano le ragioni di tale rifiuto.

esperienze di ricodificazione penale (come quella francese)<sup>25</sup>, una analoga chiusura non vale invece per la parificazione con portata generale del soggetto di fatto a quello formalmente qualificato, che peraltro è già ammessa da larga parte della dottrina e della giurisprudenza. Una previsione in tal senso è infatti contenuta nella norma dell'art.9 del recente "Progetto 1992" di legge delega per un nuovo codice penale, che parifica le formali qualifiche soggettive, se collegate a particolari "doveri o poteri giuridici", alla titolarità di questi nascente dall'esercizio di fatto della rispettiva attività.

#### 4. La trasparenza in materia di partecipazioni azionarie.

La disciplina dettata in tema di partecipazioni nel capitale delle banche, pur costituendo un capitolo a sé stante, appare collegata con la tematica qui considerata, in particolare rispetto alle operazioni di costituzione ed ampliamento del gruppo bancario ed alla relativa rilevanza penale: senza trascurare la nota varietà di formule organizzatorie di gruppo, quella fondata su partecipazioni azionarie riveste infatti una diffusione indiscutibile. L'ampia normativa contenuta in proposito nel testo unico lascia emergere due profili distinti, ancorché connessi: l'interesse alla "trasparenza" nella composizione del capitale sociale e quello che potrebbe dirsi il divieto di "eterodirezione" delle imprese bancarie da parte di soggetti estranei al mondo bancario.

Le nuove esigenze di dinamicità e di apertura dei mercati finanziari hanno fatto sì che la rigida separazione fra banca ed industria, affermata nel previgente sistema, venga superata da un sistema più elastico, che consente limitate partecipazioni fra soggetti economici appartenenti a quei due mondi, ma che al contempo non ne cancella la fondamentale distinzione di massima. Ciò è comprovato dai divieti posti ai soggetti industriali di assumere posizioni dominanti nel capitale delle banche o, comunque, di influire in modo determinante sull'amministrazione delle stesse attraverso accordi, in qualsiasi forma conclusi (art.19 co.6 e 7 T.U. banc.). A loro volta, alle banche è stata riconosciuta la possibilità di partecipare al capitale di impre-

---

25) Per notizie ed ulteriori riferimenti su tale importante novità del nuovo codice penale francese, che già tanta attenzione ha richiamato nel dibattito internazionale, rinvio ancora a MILITELLO, *Il diritto penale nel tempo della "ricodificazione"*, cit., parte II, par. 4.1.

se "non finanziarie", intendendosi con questo termine residuale tutte le imprese diverse da altre banche, società finanziarie e strumentali ed imprese di assicurazione. Ma a tale partecipazione sono stati posti limiti massimi, determinati rispetto al loro patrimonio di vigilanza e al capitale della società partecipata, che servono a contenere i maggiori rischi insiti in tali investimenti<sup>26</sup>. I rapporti si sono dunque evoluti dalla rigida separazione ad una possibilità di collegamenti che, per un verso, eviti coinvolgimenti eccessivi nelle sorti reciproche e, per altro verso, assicuri l'orientamento delle rispettive attività agli specifici interessi di ciascuna realtà economica.

La pluridimensionalità degli interessi coinvolti si riflette nella duplicità dei destinatari delle comunicazioni in materia bancaria: la Consob, in quanto autorità di controllo del mercato azionario e borsistico (ex art. 5 l. n°216/1974, come modificato dall'art. 7 l. n°281/85), e la Banca d'Italia, garante del settore creditizio e specificamente bancario (art. 19 e 20 T.U. banc.)<sup>27</sup>. Ciascuno di tali enti partecipa, nell'ambito delle proprie rispettive competenze, alla tutela dei summenzionati interessi: "trasparenza" e "controllo" delle partecipazioni delle banche e nelle banche. Si tratta di una prospettiva di tutela che solo con difficoltà si lascia ricondurre al già ricordato schema bipartito diffusamente adittato per esplorare la rilevanza penalistica del pianeta gruppi societari. Più che come contesto di frode o fattore di giustificazione, qui la prospettiva di rilevanza penale del gruppo fa emergere un ulteriore oggetto di tutela. In particolare, l'informazione all'organo di controllo è finalizzata a conoscere la composizione del capitale sociale delle aziende operanti nel settore bancario e creditizio ed a seguire le relative vicende. Si tratta di un'applicazione tipica dei nuovi beni istituzionali, i quali sono rappresentati dalle funzioni di organi amministrativi preposti alla disciplina di particolari settori economicamente rilevanti, e la tutela penale dei quali assume notoriamente importanza crescente nelle moderne società economicamente sviluppate<sup>28</sup>.

In specie, il sistema in materia di partecipazioni ad enti creditizi

26) Cfr. Circ. Banca d'Italia 23.06.1993, in G.U. 16.11.1993; pubblicata anche in *Riv. soc.*, 1993, p.1370s.; *Banca, borsa, tit. cred.*, 1994, I, p.417s.

27) Prima ex art.9 l. 281/85 come mod. art.31 l. n°55/90, ora abrogato art.161 T.U. banc.

28) Su tale fenomeno, cfr. ad es. MARINUCCI, *Gestione d'impresa e pubblica amministrazione: nuovi e vecchi profili penalistici*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p.425; PEDRAZZI, *Mercati finanziari*, cit., p.660; FOFFANI, *Proprietà e trasparenza nella disciplina dell'intermediazione finanziaria: riflessi penali*, *Banca, impr. soc.*, 1992, p.61s.

ruota fundamentalmente rispetto a due fasce di posizioni rispetto alla composizione del relativo capitale sociale: la prima può considerarsi il livello minimo che fonda l'obbligo di preventiva autorizzazione per operazioni di acquisizione di capitale sociale (art.19 co.1-5 T.U. banc.); l'altra segna invece il tetto massimo di partecipazioni che particolari soggetti possono legittimamente detenere (art.19 co.6-7 T.U. banc.). Nel primo caso la soglia è di rilevanza dell'operazione, nell'altro di sbarramento. Oltre a sanzioni civili (art.24 sospensione del diritto di voto ed obblighi di alienazione ex art.24 T.U. banc.) la materia è presidiata penalmente dalla contravvenzione di cui all'art.139, che dispone per l'omissione delle domande di autorizzazione previste dall'art.19 l'arresto da sei mesi a tre anni e l'ammenda da dieci a cento milioni.

Sul piano penale degna d'interesse è pure la parziale delegificazione nell'indicazione dei presupposti che fanno sorgere obblighi informativi all'organo di controllo. Innovando rispetto alla precedente predeterminazione legislativa dei diversi livelli di partecipazioni azionarie (art.271. 10/10/1990 n°287)<sup>29</sup>, nel testo unico è stata seguita una strada differenziata: si è mantenuta l'indicazione nella legge solo per i casi in cui vi sia una partecipazione, anche indiretta (tramite altra società controllata), che superi il cinque per cento del capitale sociale della banca o che comunque ne compori il controllo (art.19 co.1 e 3). In particolare, per questa seconda possibilità, il testo unico contiene una norma definitoria della nozione di controllo (art.23), che a sua volta per una parte rinvia alle previsioni dell'art.2359 c.c. commi 1 e 2, e solo per la nozione di influenza dominante (parificata comunque alle altre situazioni di controllo) elenca alcune specifiche situazioni indizianti<sup>30</sup>. La determinazione legislativa si ritrova pure nell'indicare i patti di sindacati di voto in una banca, che sono assoggettati all'obbligo di comuni-

29) Norme a tutela della concorrenza e del mercato: in particolare per il titolo V della legge, dedicato alle partecipazioni ad enti creditizi, cfr. FOFFANI, *Legislazione Antitrust e disciplina delle partecipazioni*, cit., p.884s.; MILITELLO, *La tutela della concorrenza*, cit., p.651s.; MUCCIARELLI, *Le sanzioni nella legge "Antitrust"*, cit., p.610s.

30) Ad esempio, potere, anche fondato su semplici accordi con altri soci, di far nominare la maggioranza degli amministratori o di disporre della maggioranza dei voti assembleari; rapporti finanziari ed organizzativi in grado di assicurare il trasferimento dei risultati economici oppure il coordinamento gestionale delle imprese per un fine comune (art 23 c. 2). Critico su tali criteri di controllo MARCHETTI, *Note introduttive al testo unico delle leggi bancarie e creditizie*, Riv. soc., 1993, p.1165s.

cazione (art.20 co.2).

Nelle residue situazioni si affida alla Banca d'Italia la determinazione dei livelli di partecipazione che fanno nascere obblighi di preventiva autorizzazione (art.19 co.2) o anche di semplice comunicazione, nei casi di percentuali inferiori a quelle previste per la necessaria preventiva autorizzazione, ma superiori al minimo stabilito appunto dall'organo di controllo di settore (art.20 co.1). Si arriva pure ad attribuire allo stesso organo l'indicazione dei soggetti, diversi dal socio, che in quanto titolari del diritto di voto, sono parificati a quest'ultimo rispetto agli obblighi di preventiva autorizzazione (art.19 co.4) o di comunicazione (art.20 co.3). In specie rispetto a questi ultimi, l'organo di controllo può chiedere informazione ai soggetti "comunque interessati" (art.20 co.4).

Da notare ancora che il testo unico segnala in proposito un'ulteriore ampliamento dei poteri informativi dell'organo di controllo, il quale può richiedere notizie in merito alla composizione del gruppo bancario e dei soci delle rispettive società partecipanti, anche quando queste siano straniere (art.21 co.4) e svolgano attività diverse da quelle bancarie e creditizie svolta dal gruppo nel suo complesso (art.63 co.2). La relativa tutela penale è in tutto parificata alle ipotesi in cui le informazioni siano richieste a banche nazionali: l'art.140 T.U. banc. punisce con un minimo di pena contravvenzionale il caso dell'omissione delle comunicazioni e quello del ritardo superiore a trenta giorni, mentre mantiene il disvalore penale persino nel caso di un ritardo nella comunicazione che non abbia superato i trenta giorni (sebbene l'ammenda da uno a venti milioni lasci trasparire il carattere simbolico della scelta di tutela, potendo la comunicazione riguardare movimenti azionari di importo assoluto enormemente superiore).

Evidentemente, è lecito dubitare che per mere inosservanze formali la scelta della sanzione penale sia effettivamente obbligata e non possa essere sostituita da alternative di tutela, non necessariamente meno efficaci. In particolare, l'ampia competenza che si è visto attribuita all'organo di controllo in tema di determinazione dei soggetti e degli atti sottoposti a comunicazione potrebbe essere completata con sanzioni pecuniarie contenute in apposite ingiunzioni emanate dalla stessa Autorità di controllo o con forme di invalidità dell'operazione oggetto dell'obbligo di notifica. Ma si tratta di una problematica che meriterebbe una trattazione adeguata e non certo ristretta nei confini di un breve intervento. Qui si intendeva solo fornire un quadro d'insieme sulla normativa contenuta nel testo unico con riguardo ai gruppi bancari, sotto la particolare visuale dei rispettivi profili penali, per apportare un ulteriore contributo alla ricchezza dei temi trattati in questo importante Seminario internazionale di studi.

LUIGI FOFFANI

L'INFEDELTA' PATRIMONIALE: VERSO UNA NUOVA  
FATTISPECIE PENALE?



1. Nell'ambito dello stimolante interrogativo suggerito dall'organizzazione di questo convegno - <quale futuro per il "sistema" penale bancario? > - un nodo assolutamente non eludibile, se solo si getta uno sguardo superficiale al concreto approccio del giudice penale al mondo bancario nel corso degli ultimi decenni, è certamente rappresentato dal problema della *disciplina dell'infedeltà nella gestione dell'attività creditizia*<sup>1</sup>. E, in effetti, ad oltre mezzo secolo di distanza dalla sua compiuta emersione scientifica nella dottrina italiana<sup>2</sup>, la tematica dell'infedeltà patrimoniale ha assunto oggi una dimensione allora certamente insospettabile, pur essendo ancora sostanzialmente confinata nel limbo del dibattito *de iure condendo*<sup>3</sup>.

Se agli inizi degli anni '40, infatti, il punto di partenza dell'indagine monografica di Pietro Nuvolone poteva riassumersi nella esigenza di <assicurare dai più gravi abusi il patrimonio di coloro che, per necessità assoluta o contingente o per un'apprezzabile criterio di utilità, devono lasciare in tutto o in parte ad altre persone la condotta dei loro affari<sup>4</sup>, nell'ottica di una conflittualità tutto sommato circoscritta ad una sfera privatistica

---

1) Sebbene infatti il tema della correttezza nell'amministrazione dei beni altrui sottenda un'esigenza di tutela di portata generale, che attraversa tutti i settori dell'esercizio di attività economiche (sia in un ambito privatistico sia pubblicistico) e che travalica lo stesso ambito della disciplina penale dell'economia propriamente intesa, è però indubitabile che, storicamente, la questione di gran lunga più rilevante -il vero e proprio "nervo scoperto" dell'intervento penale- sia sempre stato rappresentato dalla problematica dell'abuso nell'esercizio del credito.

2) Il riferimento è, ovviamente, indirizzato all'opera di P. NUVOLONE, *L'infedeltà patrimoniale nel diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1941; anche se l'idea della repressione penale dell'infedele amministrazione dei beni altrui già era in effetti affiorata -seppure mai al di là della soglia di sporadici spunti -nella dottrina degli anni '30: si veda, in particolare, G. DELITALA, *I reati concernenti le società di commercio e la legge Rocco del 1930*, in *Riv. dir. comm.*, 1931, I, p.183.

3) Fattispecie addirittura iscritta nel <libro dei sogni>, secondo l'immagine impiegata da F. BRICOLA, *Lo statuto penale dell'impresa: profili costituzionali*, in *Trattato di diritto penale dell'impresa*, diretto da A. Di Amato, vol. I, *Introduzione al trattato. I principi generali*, Padova Cedam, 1990, p.144.

4) P. NUVOLONE, *L'infedeltà*, cit., p.2.

di relazioni interindividuali, la dimensione degli interessi coinvolti ed il rilievo politico-criminale dei comportamenti lesivi sono andati conoscendo, nel corso di questo cinquantennio, un processo di accentuata e crescente dilatazione<sup>5</sup>.

Dalla prospettiva di partenza ancora squisitamente individualistica ci si è infatti rapidamente spostati verso un orizzonte progressivamente più ricco, verso una dimensione di interessi maggiormente corposi e riferibili a soggetti dalla struttura complessa come le società di capitali, divenendo allora l'infedeltà patrimoniale, nella comune percezione, sinonimo o equivalente (nell'osservazione della patologia della vita economica, se non sul piano delle figure tipicizzate dall'ordinamento giuridico) dell'*abuso dei poteri amministrativi o di controllo* nel quadro dell'esercizio dell'attività economica in forma di *impresa collettiva*.

2. L'infedeltà patrimoniale, dunque, come problematica essenzialmente di diritto penale societario, come criterio ispiratore o chiave di lettura di una serie di norme incriminatrici disseminate nella legislazione penale di settore: dalla fattispecie base del conflitto di interessi dell'amministratore di società di capitali (art.2631 c.c.) a quelle più specifiche ritagliate su misura intorno ad episodi particolari di infedeltà: illeciti rapporti finanziari fra società ed organi sociali (art.2624 c.c.), irregolare remunerazione degli amministratori (art.2630 co.2 n°1 c.c.), violazione del segreto societario (art.2622 c.c.). Una serie di fattispecie, peraltro, di cui sono ormai ben noti i limiti genetici, più volte sottolineati dalla dottrina: figure criminose anguste e di taglio "più disciplinare che propriamente penale"<sup>6</sup>, che non ambiscono ad assurgere al rango di strumenti generali di repressione dell'infedeltà o abuso dei poteri sociali, bensì costruite sulla falsariga di un modello di illecito estremamente formalizzato e privo per lo più di reali fondamenti empirico-criminologici; un modello, cioè, nel quale lo schema del pericolo astratto si rivela assolutamente incapace di riflettere (o meglio, sembra a

---

5) Sottolinea tale aspetto A. ALESSANDRI, *I reati societari: prospettive di rafforzamento e di riformulazione della tutela penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p.505.

6) Secondo la critica scolpita da C. PEDRAZZI, *Problemi di tecnica legislativa*, in *Comportamenti economici e legislazione penale*, atti del convegno "Arel" del 17 marzo 1978, Milano, Giuffrè, 1979, p.32.

giori completamente disinteressato a cogliere) le note caratteristiche che tipicamente si accompagnerebbero all'insorgere del pericolo per il bene protetto, ossia a quella peculiare modalità di offesa patrimoniale consistente nel tradimento deliberato degli interessi affidati in amministrazione o controllo.

Ma la più eclatante fra le forme di manifestazione dell'infedeltà gestoria - ed insieme quella che ha storicamente presentato i più significativi problemi di sussunzione entro i confini di una fattispecie tipica - si è rivelata nel contiguo settore *credizio*, legato a quello societario dal "cordone ombelicale" dell'art.92 della vecchia legge bancaria (l'attuale art.135 del nuovo testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia<sup>7</sup>). Si allude naturalmente al fenomeno dell'*abuso di fido* - vale a dire, all'infedeltà nell'erogazione del credito da parte dell'operatore bancario - che rappresenta ancor oggi uno dei nodi politico-criminali più ardui da dipanare (tanto per il legislatore, quanto per l'interprete) nell'intero campo del diritto penale dell'economia<sup>8</sup>.

E' un assunto, quello testè formulato, che sembra in effetti conservare in pieno la sua validità non solo con riferimento al passato, quando si trattava - nella fase storica conclusa<sup>9</sup> dalle più recenti pronunce delle sezioni unite della Corte di cassazione nell'ultimo scorcio degli anni '80<sup>10</sup> - di utilizzare, più o meno parzialmente, l'armamentario repressivo dello statuto penale della pubblica amministrazione (con in prima linea lo "spauracchio" del "vecchio" peculato per distrazione); ma anche, con l'attenzione rivolta al presente, quando l'alternativa a disposizione è quella fra il ricorso alle surrichiamate figure della disciplina penale societaria - con il contorno

7) D.lgs. 1 settembre 1993 n°385.

8) E' sufficiente in questa sede, per ripercorrere i passaggi essenziali della *vexata quaestio* giurisprudenziale e dottrinale, il rinvio a G.M. FLICK, *Dal pubblico servizio all'impresa banca: ritorno al futuro*, in *Riv. soc.*, 1987, p.273ss.

9) O forse dovrebbe dirsi, più prudentemente, "interrotta", se dovessero rivelarsi non del tutto infondati i timori - che cominciano oggi ad affiorare in dottrina - di una riscoperta giurisprudenziale della teoria degli "indici di riconoscibilità" del pubblico servizio: esplicito, in tal senso, A. CRESPI, *Il nuovo testo dell'art.358 c.p. e un preteso caso di corruzione punibile*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p.1239ss.

10) Cass., sez. un., 23 maggio 1987, Tuzet e Borgatti, in *Foro it.*, 1987, II, c. 481; Cass., sez. un., 28 febbraio 1989 n°1. Vita e altri, *ivi*, 1989, II, c. 506; Cass., sez. un., 28 febbraio 1989 n°4, Cresti, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1989, p.775.

delle ipotesi *ad hoc* dettate dalla normativa bancaria<sup>11</sup> e l'abuso della faticoperce come di appropriazione indebita. Ed è, in tal senso, proprio questo dell'attività creditizia il banco di prova fondamentale (dal punto di vista teorico e pratico) per una verifica della "credibilità" e dei limiti di tenuta di quest'ultima faticoperce come strumento di "complemento" del comportamento infedeli nella gestione dei beni altrui.

Allo coordinato ormai classico di questo quadro ci è venuta poi negli ultimi tempi sovrapponendo - con la forma impenosa che ha contraddistinto l'incremento della produzione legislativa di settore<sup>12</sup> - la nuova disciplina del mercato finanziario, con la peculiarità delle problematiche ad esso afferenti<sup>13</sup>. L'avvento di nuove e più complesse forme di intermediazione professionale fra la formazione della ricchezza ed il suo impiego nelle attività produttive, la conseguente nuova dimensione degli interessi coinvolti nelle attività di amministrazione dei beni altrui - che, impingendo al livello della tutela del *risparmio*, tendono sempre più a presentarsi come veri e propri interessi diffusi (e dotati di dignità costituzionale *ex art.47 cost.*) - e, in ultima analisi, il delinearsi di una potenziale conflittualità di interessi *a doppio livello* - l'uno attinente ai rapporti interni fra l'amministratore (od altro titolare di funzioni organiche o dirigenziali) e l'ente di intermediazione finanziaria (società di intermediazione mobiliare, ente di gestione di fondi comuni di investimento, società fiduciaria, ecc.) e l'altro concernente la relazione esterna fra quest'ultimo e la clientela<sup>14</sup> - sono

11) A cominciare dalla disciplina penale delle <obbligazioni degli esponenti bancari>, secondo la rubrica del nuovo art.136 del testo unico, corrispondente al previgente art.38 della legge bancaria.

12) V. per tutti, su tale fenomeno, G. MINERVINI, *Il controllo del mercato finanziario. L'alluvione delle leggi*, in *Giur. comm.*, 1992, I, p.5ss. e spec. p.15, ove parla di una vera e propria <concrezione alluvionale di norme legislative e sub-legislative>.

13) Nel senso che sia proprio questo il "vero nodo cruciale di ogni ipotesi di impiego del denaro altrui" e che il mercato finanziario rappresenti oggi "un ottimo, elettivo ambiente di coltura per una siffatta patologia, capace di stravolgere ad altri fini la ricchezza raccolta, facendo prevalere interessi diversi e confliggenti con quelli che costituiscono la base delle aspettative del risparmiatore", cfr. da ultimo A. ALESSANDRI, *Offerta di investimenti finanziari e tutela penale del risparmiatore*, in *Mercato finanziario e disciplina penale*, atti del XVII convegno "E. de Nicola", a cura del Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, Milano, Giuffrè, 1993, p.225.

14) Su tale duplicità dei profili di conflittualità ("interna" ed "esterna"), cfr. C. PEDRAZZI, *Mercati finanziari (disciplina penale)*, in *Dig. Discipl. Pen.*, vol. VII, Torino, UTET, 1992, p.664.

tutti elementi che sembrano giustificare una più attenta riconsiderazione della problematica dell'infedeltà patrimoniale, sia al fine di una rilettura di fattispecie incriminatrici presenti da tempo nel nostro ordinamento, sia - come suggerisce il titolo di questo intervento - al fine di suggerire possibili nuovi indirizzi di politica criminale.

3. Non è certo un caso, del resto, il fatto che -prima dell'elaborazione del recente schema di legge delega per la riforma del codice penale- gli unici tentativi (sia pure non approdati ad esito alcuno) di introdurre nel nostro ordinamento una fattispecie *generale* di infedeltà patrimoniale fossero stati originati proprio dalle iniziative di riforma del settore dell'intermediazione *bancaria e finanziaria*.

Deve infatti segnalarsi, innanzitutto -anche per l'eco allora suscitata in dottrina<sup>15</sup>- la proposta di legge Minervini-Spaventa<sup>16</sup>, che -prendendo spunto da una contingente diffusa istanza di intervento sulla materia penale creditizia<sup>17</sup>- intendeva delegare il governo ad introdurre, nel quadro di una più ampia riforma del diritto penale delle imprese commerciali, il <delitto di "infedeltà patrimoniale", inteso come esercizio del potere di amministrazione comunque spettante sul patrimonio altrui in contrasto oggettivo con l'interesse del titolare, per finalità personali dirette o indirette del soggetto agente>.

E ugualmente va ricordata, in epoca più recente, la fugace comparsa, nel disegno di legge sulle società di intermediazione mobiliare, di un nuovo art.640bis (del quale non vi è viceversa traccia nella l. 2 gennaio 1991 n°1), che, sotto la rubrica <amministrazione infedele>, colpiva con la medesima pena della truffa <chiunque, investito per legge, per provvedi-

---

15) Cfr. in particolare il favorevole commento di C. PEDRAZZI, *Cinque proposte di modifica della disciplina penale dell'impresa bancaria*, in *Giur. comm.*, 1980, I, p.857s.

16) Si trattava della proposta n°1785 del 10 luglio 1980, il cui testo può leggersi ugualmente in *Giur. comm.*, 1980, I, p.854s.

17) Era l'epoca, infatti, nella quale fiorivano iniziative legislative di <pronto soccorso> - riprendendo una definizione critica di F. BRICOLA, *La responsabilità penale degli operatori bancari tra decisione delle Sezioni Unite e progetti di riforma*, in *Ind. pen.*, 1982, p.448 e 458 - volte a contrastare la cosiddetta parificazione "verso l'alto", per via giurisprudenziale, dello statuto penale degli operatori bancari.

mento dell'autorità, per atto o per contratto, del potere di amministrare interessi patrimoniali altrui, abusa del relativo potere o viola i doveri a esso connessi, cagionando dolosamente danno al patrimonio amministrato»<sup>18</sup>.

Se il richiamo alle iniziative testè ricordate si risolve inevitabilmente in una sottolineatura degli interventi mancati del legislatore, non possono tuttavia nemmeno trascurarsi, in una prospettiva più ampia, le numerose e significative <tracce di intervento penale a prevenzione di conflitti di interesse><sup>19</sup> e di fenomeni di infedeltà gestoria, disseminate dal legislatore - quantunque in maniera assolutamente disorganica e priva di un disegno unitario sottostante - lungo tutto l'arco della nuova disciplina del mercato finanziario.

Si pensi, in particolare, alla fitta rete di principi generali e regole di comportamento degli intermediari, nei confronti della clientela e per l'organizzazione e lo svolgimento dell'attività di gestione, introdotte dalla legge sulle SIM (art.5-12 l. 2 gennaio 1991 n°1); disciplina alla quale sembra per l'appunto mancare soltanto una norma penale di chiusura, ma che di per sé rappresenterebbe il substrato naturale di una fattispecie incriminatrice di infedele amministrazione.

Si pensi, ancora, alla figura dei <protocolli di autonomia> gestionale, comparsa per la prima volta con la legge *antitrust* in materia di disciplina degli enti creditizi (art.28 co.4 l. 10 ottobre 1990 n°287)<sup>20</sup>, e successivamente diffusasi "a macchia d'olio" -sia pure senza alcuna seria copertura sanzionatoria<sup>21</sup> - presso la generalità dei soggetti operanti nei diversi seg-

18) Cfr. su tale formulazione le osservazioni di F. BRICOLA, *Lo statuto penale dell'impresa*, cit., p.134-135 nota 44; G.M. FLICK, *Dal pubblico servizio*, cit., p.341ss.; A. FIORELLA, *Problemi attuali del diritto penale bancario (Prospettive de iure condendo)*, in *Riv. trin. dir. pen. econ.*, 1989, p.358 nota 120bis).

19) L'espressione è di C. PEDRAZZI, *Mercati finanziari*, cit., p.664; in senso analogo v. anche A. ALESSANDRI, *I reati societari*, cit., p.508; ID., *Offerta di investimenti*, cit., p.224s.

20) La previsione dei protocolli di autonomia, peraltro, non è stata riprodotta nella successiva riformulazione della norma ad opera dell'art.17 d.lgs. 14 dicembre 1992 n.481; nè, infine, nella disciplina delle partecipazioni al capitale delle banche contemplata dal capo III del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (art.19-24 d.lgs. 1 settembre 1993 n°385), trattandosi di materia da ritenersi oggi senz'altro delegificata (lo stesso art.28 della legge *antitrust*, del resto, rimetteva il potere di disporre in proposito al Comitato interministeriale per il credito e il risparmio).

21) Rileva A. ALESSANDRI, *Offerta di investimenti*, cit., p.224, come la stessa <sanzione civilistica -quando prende forma nell'esclusione del diritto di voto e nella impugnabilità

menti del mercato finanziario: dalle società di intermediazione mobiliare alle società di gestione dei fondi comuni di investimento (art.4 commi 1 e 2 l. n°1/1991), dalle imprese assicurative (art.12 l. 9 gennaio 1991 n°20) alle società di investimento a capitale variabile (art.5 co.6 d.lgs. 25 gennaio 1992 n°84), fino all'esempio più recente delle società di gestione dei fondi chiusi (art.1 commi 5 e 4 l. 14 agosto 1993 n°344).

E si considerino, infine, i divieti e le limitazioni (muniti anche di

---

della deliberazione- colpisce la mancata sottoscrizione dei protocolli, senza raggiungere la più preoccupante patologia, ovvero quella della falsità di quanto dichiarato». A ciò deve poi aggiungersi che la previsione del divieto di voto e dell'annullabilità della delibera assembleare riguarda soltanto le *società di intermediazione mobiliare, le società di gestione dei fondi comuni di investimento* (art.4 commi 1 e 2 l. 1/1991) e le *società di gestione dei fondi chiusi* (art.1 co.5 l.344/1993, in relazione allo stesso art.4 co.1 l. n°1/1991). Nessun meccanismo sanzionatorio è previsto invece per il settore assicurativo: da un lato, infatti, l'obbligo di redazione di una <responsabile dichiarazione> (ossia il protocollo di autonomia) è svincolato dalla disciplina delle partecipazioni rilevanti (e dalle conseguenze sanzionatorie ad essa proprie), potendo essere imposto discrezionalmente ed in ogni momento dall'ISVAP a qualsiasi soggetto partecipante al capitale delle imprese o degli enti assicurativi (art.12 l. n°20/1991); dall'altro lato, tuttavia, alla dilatazione della sfera del potere dell'organo di controllo fa da singolare contraltare la completa assenza di tutela (sia civile sia penale), posto che i soci non sono ricompresi fra i possibili soggetti attivi del nuovo reato di inottemperanza alle richieste e alle prescrizioni dell'ISVAP, che si rivolge soltanto ad amministratori, sindaci, revisori e direttori generali (art.3 co.3 l. 20/1991, modificativo dell'art.5 l. 12 agosto 1982 n°576). Del tutto paradossale, infine -ed a suo modo esemplare delle possibili distorsioni derivanti dalla tecnica del rinvio- è la situazione che si è venuta a creare per le *società di investimento a capitale variabile*. Da una parte, infatti, l'art.5 co.6 d.lgs. 84/1992 lasciava di per sé presagire addirittura -attraverso un rinvio agli artt.9 commi 2-7, 10 e 11 l. 4 giugno 1985 n°281- una tutela penale dell'obbligo di invio del protocollo di autonomia da parte dei titolari di partecipazioni rilevanti; identificati, secondo un criterio inedito nel microcosmo normativo della trasparenza della proprietà azionaria, non già con una frazione percentuale del capitale, bensì -stante appunto l'istituzionale variabilità del capitale della SICAV, che non si distingue dal patrimonio sociale- con il possesso di <azioni nominative in numero non inferiore a 20.000>. D'altra parte, già il coevo d.lgs. 27 gennaio 1992 n°90, sostituendo i surrichiamati commi dell'art.9 l. 281/1985, faceva parzialmente venir meno la corrispondenza fra norma di rinvio e norme richiamate; in particolare, con riguardo all'ipotesi dell'omesso invio del protocollo di autonomia, veniva meno l'estensione della disciplina del divieto di voto, non più racchiusa nel comma 5 dell'art. 9. Fino a che, da ultimo, il nuovo testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia provvedeva ad abrogare interamente gli artt.9-11 l. 281/1985, lasciando quindi la norma di rinvio della legge sulle SICAV priva di punti di riferimento e -quantomeno nella sua veste di potenziale norma incriminatrice- completamente inoperante, alla stregua di un contenitore normativo vuoto.

tutela penale) agli investimenti in azioni proprie, ovvero in titoli emessi da società del medesimo gruppo, previste dalla legge sui fondi comuni di investimento (art.4 commi 13 e 14 l. 23 marzo 1983 n°77) e dalla legge sulle SIM (art.8 co.1 lett. b1. n°1/1991); nonchè gli obblighi, imposti alle imprese o enti assicurativi e sorretti da una medesima *ratio* di generica prevenzione di potenziali conflitti di interessi, di comunicazione delle <operazioni con soggetti controllanti e con società da questi controllate> (art. 15 l. 20/1991).

In una siffatta cernita di "frammenti" di disciplina penale dell'infedeltà patrimoniale nella disciplina delle attività di intermediazione creditizia e finanziaria, uno spazio particolare merita infine quella fattispecie del <falso interno> dell'operatore bancario introdotta -alla stregua di un *pendant* della figura del mendacio bancario- dall'art.37 co.2 d.lgs. 14 dicembre 1992 n°481, e riprodotta poi dall'art.137 co.2 del testo unico del '93. Senza potersi soffermare, in questa sede, su tale fattispecie -che già ha formato oggetto di una specifica relazione nel corso del presente convegno<sup>22</sup>- è appena il caso di osservare come si tratti di una disposizione che -a quanto risulta dalla sua genesi testimoniata dai lavori preparatori<sup>23</sup>- tradisce la sproporzionata ambizione di rispondere in termini generali al bisogno di tutela penale contro il fenomeno dell'abuso di fido, quasi a compensazione della (e in alternativa alla) mancata introduzione di una fattispecie generale di infedeltà patrimoniale; ma si tratta, in realtà, di una figura criminosa che si muove lungo i consolidati binari di una tipizzazione dell'infedeltà in chiave meramente sintomatica ed episodica, ritagliando nella multiforme varietà degli abusi nell'esercizio del credito soltanto i prodromi, nella fase istruttoria, di una delle sue possibili forme di manifestazione (omessa segnalazione di dati veri o utilizzazione di dati falsi), trascurando viceversa completamente ipotesi come la dolosa sottovalutazione del rischio, ovvero l'erogazione del credito al di fuori di qualsiasi formale istruttoria, o, ancora, in aperto contrasto con le risultanze di quest'ultima.

22) A. FIORELLA, *La banca come vittima: comportamenti fraudolenti, falso interno e prospettive di riforma*. Per una prima analisi della fattispecie cfr. altresì I. CARACCIOLI, <Il falso interno>, in *Diritto penale e attività bancaria*, a cura di G. Marini, Padova, Cedam, 1994, p.51ss.

23) Si vedano al riguardo le raccomandazioni della Banca d'Italia, richiamate criticamente da F. BRICOLA, *Lo statuto penale dell'impresa*, cit., p.133ss.

4. Il breve spazio di questo intervento non consente certo di approfondire le perduranti ragioni di una (forse ancora possibile) riforma in questo campo. In ordine all'insufficienza di fondo della fattispecie di appropriazione indebita, in particolare, conservano tuttora validità le osservazioni formulate oltre quarant'anni or sono in una ormai classica opera sugli abusi patrimoniali degli amministratori di società: laddove, in specie, si poneva in luce come, ogniqualevolta l'abuso di potere o infedeltà si mantenesse entro i binari del tipo di attività negoziale rientrante nella sfera dei poteri amministrativi, esulasse lo schema tipico dell'appropriazione indebita, fondato sull'esistenza di <un atto di disposizione *en propriétaire* compiuto arbitrariamente dal possessore non proprietario>: si sarebbe trattato, infatti, di casi nei quali l'amministratore <non si comporta da proprietario rispetto ai beni sociali, ma anzi riconosce e rispetta il dominio della società><sup>24</sup>.

E', del resto, la stessa esperienza comparatistica ad indicarci abbondantemente come, pure laddove la fattispecie di appropriazione indebita si estenda nella sua formula legale a ricomprendere espressamente le ipotesi di *distrazione* -come ad esempio in Francia e in Spagna<sup>25</sup>- non per questo venga affatto meno il bisogno di una tutela penale supplementare contro le forme di infedele amministrazione dei beni altrui.

---

24) C. PEDRAZZI, *Gli abusi del patrimonio sociale ad opera degli amministratori*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1953, p.548s. In senso critico verso le attuali tendenze espansive della fattispecie dell'art.646 c.p., nella direzione della ricompressione di comportamenti meramente distrattivi, cfr. in particolare, nella dottrina più recente, G.M. FLICK, *Dal pubblico servizio*, cit., p.307ss.; A. ALESSANDRI, *I reati societari*, cit., p.506; mostra invece una maggiore "apertura" nei confronti di tali tendenze S. PROSDOCIMI, *Esercizio del credito e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p.996ss.; per un'originale impostazione del problema v. inoltre V. MILITELLO, *Gli abusi nel patrimonio di società controllate e le relazioni fra appropriazione e distrazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p.275ss.

25) Al fatto di <appropriarsi o distrarre> i beni mobili ricevuti fa infatti riferimento lo schema dell'art.535 del codice spagnolo (<*apropiación indebida*>), nonché l'art.245 dell'*Anteproyecto de ley organica de codigo penal* del 20 maggio 1994; mentre la corrispondente fattispecie francese (sia l'art.408 del codice napoleonico, sia l'art.314-1 del nuovo codice) risulta addirittura esclusivamente imperniata sul concetto di <distrazione> (nonchè, nella vecchia formula, <dissipazione>, senza fare riferimento alcuno, nè nella rubrica (<*abus de confiance*>) nè nel testo della norma, all'elemento dell'<appropriazione>.

Esemplare, a questo riguardo, il caso della Francia, dove è stato proprio il riscontro di una siffatta lacuna di protezione dell'«abus de confiance» ad indurre il legislatore, già intorno alla metà degli anni '30, ad intervenire con la creazione di una figura criminosa *ad hoc* destinata a colpire specificamente gli abusi dei beni, del credito, dei poteri e dei voti da parte degli amministratori di società<sup>26</sup>. Ed altrettanto significativa appare oggi l'esperienza della Spagna, dove, da un lato, la dottrina segnala concordemente l'inadeguatezza della norma sulla «apropiación indebida» a fronteggiare -soprattutto nel settore bancario- comportamenti di amministrazione infedele posti in essere sotto una veste negoziale astrattamente lecita<sup>27</sup>; e dove, dall'altro lato, tutti i vari progetti di riforma del codice penale succedutisi nel corso degli anni '80 e '90 si sono sempre dati cura di prevedere -nell'ambito di un nuovo capitolo dedicato ai «delitos financieros» o «societarios»- l'introduzione di un'apposita fattispecie di infedeltà patrimoniale<sup>28</sup>.

E' vero, bensì, che deve registrarsi oggi il diffondersi, nel nostro ordinamento, di una tendenza a «forzare la fattispecie di appropriazione indebita, rivalutando in specie, e portandolo alle estreme possibilità espansive, il dolo specifico compreso nel tipo normativo dell'art.646 c.p.»<sup>29</sup>; ma allora, di fronte ad un simile indirizzo interpretativo, finiscono quasi con l'apparire singolarmente «profetiche» le considerazioni di un attento comparatista dell'inizio del secolo, il quale affermava -dal punto di vista di un osservatore tedesco- che rinunciare alla fattispecie di *Untreue*, per seguire gli ordinamenti romanistici sulla strada dell'incriminazione della sola appropriazione indebita o abuso di fiducia, sarebbe equivalsa a «mandare in rovina la nostra semplice e chiaramente delimitata fattispecie di appropriazione indebita (*Unterschlagung*)»<sup>30</sup>.

26) Delitto previsto attualmente dall'art.437 n°3 e 4 del *code des sociétés*.

27) V. in particolare G. RODRIGUEZ MOURULLO, *Algunas consideraciones politico-criminales sobre los delitos societarios*, in ADPCP, 1984, p.683; J. TERRADILLOS BASOCO, *Delitos societarios. El derecho penal de las sociedades mercantiles a la luz de nuestra adhesión a la CEE*, Madrid, Akal, 1987, p.45-46 e 94; C. MARTINEZ PEREZ, *El delito societario de administración fraudulenta*, p.318.

28) Si veda, da ultimo, l'art.296 dell'*Anteproyecto* del 20 maggio 1994.

29) Così, in chiave critica, A. ALESSANDRI, *I reati societari*, cit., p.506.

30) Si tratta di osservazioni di B. FREUDENTHAL, *Die Untreue (§ 266 RStGB und Nebengesetze)*, in AA.VV., *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Vorarbeiten zur deutschen Strafrechtsreform*, vol. VIII, *Bankrott, Untreue, Wucher und Ausbeutung, Verletzung fremder Geheimnisse, Jagd- und Fischereivergehen*, Berlin, Liebmann, 1906, p.127, successivamente riprese anche da F.-W. KRAUSE, *Die Untreue*, in AA.VV., *Materialien zur Strafrechtsreform*, vol. 2°, *Rechtsvergleichende Arbeiten*, Bonn, 1955, p.369.

5. Non sembra quindi che manchino, anche per il legislatore italiano, stimoli sufficienti a riprendere, in questo settore cruciale della disciplina penale dell'economia, il cammino interrotto della riforma.

A spingere in questa direzione vi è, innanzitutto, il peso del dato comparatistico: è tempo, infatti, ormai di rimuovere un'immagine tralaticia che vede l'infedeltà patrimoniale come una fattispecie tradizionalmente esclusiva dei paesi dell'area germanica e pressochè sconosciuta agli ordinamenti di matrice romanistica<sup>31</sup>. Se solo si concentra l'attenzione sui paesi dell'Europa continentale, ci si può avvedere invece di come gli unici ordinamenti, in realtà, privi tanto di una fattispecie incriminatrice dell'*infedeltà patrimoniale*, quanto di una figura generale (anche se, eventualmente, di legislazione speciale) di *abuso dei poteri sociali*, risultino oggi soltanto - oltre all'Italia- la Spagna, il Belgio e i Paesi Bassi<sup>32</sup>.

Non è quindi difficile prevedere il riproporsi, anche nell'immediato futuro, del problema del controllo penale del fenomeno dell'infedeltà nella gestione delle attività economiche; anche -e soprattutto- sotto l'influsso del generale processo di armonizzazione della disciplina giuridica dell'economia nei paesi dell'area comunitaria, che non può non tendere a riflettersi, in prospettiva, anche sugli strumenti penali fondamentali di tale disciplina<sup>33</sup> (ai quali certamente il modello di fattispecie in esame appartiene a pieno titolo).

Ma è soprattutto -come già in precedenza accennato- sotto un ulteriore profilo, ossia alla luce dell'odierno processo di crescente

---

31) Così, ad esempio, I. SEHER, *Die aktienrechtliche Untreue in rechtsvergleichender Darstellung*, Berlin-Frankfurt a.M., Vahlen, 1965, p.119ss.

32) Cfr. sul punto, per i riferimenti, L. FOPFANI, *Infedeltà patrimoniale in diritto comparato*, in *Dig. discipl. pen.*, vol. VI, Torino, UTET, 1992, p.398ss.

33) Esemplare, sotto questo profilo, il caso dell'*insider trading*, per la cui disciplina penale è risultata fondamentale, in diversi paesi europei, la funzione di impulso ed omogeneizzazione esercitata dal legislatore comunitario: ciò vale, infatti, non soltanto per l'Italia, con la l. 17 maggio 1991 n°157; ma anche, in ugual misura, per la Spagna, con la l. 25 luglio 1988 n°24 sul mercato dei valori (con ricorso esclusivo, peraltro, a sanzioni di natura amministrativa, mentre per la soluzione penalistica optavano i progetti di riforma del codice penale antecedenti all'ultimo *Anteproyecto* del 1994); nonchè, da ultimo, per la Germania, con la recentissima legge sullo scambio dei valori mobiliari (*Wertpapierhandelsgesetz*) del 26 luglio 1994.

"finanziarizzazione" dell'economia<sup>34</sup> - e, quindi, con l'imponente sviluppo che sempre più assumono le attività di intermediazione professionale fra formazione della ricchezza ed impiego della medesima nelle attività produttive - che il problema è destinato a divenire di sempre più impellente attualità: da un lato, per le maggiori e più insidiose occasioni che si offrono per una distorta ed interessata gestione del patrimonio altrui; e, dall'altro lato, perchè il patrimonio che viene in gioco è sempre più, nella sua identità empirica, non già una ricchezza concentrata ed individuata - come poteva affermarsi agli albori della fattispecie di infedeltà, quando la si poteva ancora definire come l'«*actio tutelae* elevata a fattispecie di diritto penale»<sup>35</sup> - bensì una ricchezza diffusa in una collettività indeterminata.

Viene così a profondersi - in una prospettiva di criminalizzazione orientata secondo la teoria dei beni giuridici costituzionali - un sensibile spostamento dell'ago della bilancia, dalla prospettiva "microeconomica" della tutela del patrimonio (individuale e del singolo ente societario), al palcoscenico "macroeconomico" della tutela del risparmio (inteso come patrimonio diffuso: ciò che equivale, in sostanza, sulla base dei riferimenti normativi offerti dalla Costituzione italiana, ad una decisa e significativa dislocazione del centro di gravità dell'intervento penale dalla sfera dei beni e interessi salvaguardati dall'art.42 (il patrimonio come *proprietà*, ossia in funzione statica) a quella dell'art.47 (il patrimonio come *investimento*, ossia in funzione dinamica).

## 6. Della rilevanza degli interessi in gioco e della necessità ed urgen-

34) E' un profilo, questo, che - per i suoi evidenti riflessi in termini di nuova politica dei beni giuridici - inizia significativamente ad affiorare anche al livello della manualistica di parte generale: cfr. infatti G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, vol. 1°, *Nozione, struttura e sistematica del reato*, Milano, Giuffrè, 1995, p.153s. e 187s.; ID., *Costituzione e politica dei beni giuridici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p.371s., i quali accennano appunto espressamente - richiamandosi a considerazioni di C. PEDRAZZI, *La riforma dei reati contro il patrimonio e contro l'economia*, in AA. VV., *Verso un nuovo codice penale. Itinerari, problemi, prospettive*, Milano, Giuffrè, 1993, p.35 ss. - agli effetti innescati, anche nel nostro paese, dal «processo di finanziarizzazione della ricchezza che conferisce al risparmio - soprattutto nel suo aspetto dinamico rappresentato dall'investimento finanziario - un ruolo sempre più diffuso e importante nel sistema economico».

35) Così, P. NUVOLONE, *L'infedeltà*, cit., p.117, citando H. MAYER, *Die Untreue in Zusammenhang der Vermögensverbrechen*, München-Berlin-Leipzig, 1926, p.159.

za di rispondere al bisogno di tutela della correttezza e fedeltà nella gestione del patrimonio altrui si sono mostrati ben consapevoli anche gli autori dello schema di legge delega per la riforma del codice penale<sup>36</sup>. Si è previsto infatti espressamente, nell'ambito del capo dedicato ai <reati contro l'economia imprenditoriale>, di introdurre un delitto di <infedeltà patrimoniale, consistente nel fatto di chi, con abuso di poteri o violazione dei doveri inerenti alle funzioni esercitate nell'impresa, al fine di procurare a sè o ad altri un profitto ingiusto, cagioni all'impresa un danno patrimoniale> (art.112 n°2).

Si tratta di una formulazione che riecheggia modelli di intervento penale ben noti da tempo all'esperienza comparatistica: modelli che, in estrema sintesi, possono ricondursi all'alternativa di fondo fra una soluzione di diritto *comune*, fondata sulla costruzione di una fattispecie generale di delitto contro il patrimonio (il modello tedesco dell'"*Untreue*") ed una soluzione di diritto *societario*, diretta alla configurazione di una fattispecie di abuso dei poteri sociali (il modello francese dell'"*abus des biens, du crédit, des pouvoirs ou des voix*").

Fra tali due possibili opzioni di fondo i compilatori del progetto si sono orientati verso una soluzione che appare senz'altro molto più vicina all'esempio tedesco che non a quello francese. Per quanto infatti non si giunga a costruire una figura di reato comune - in quanto si presuppone comunque nel soggetto attivo l'esercizio di <funzioni [...] nell'impresa>, e quindi un'organizzazione di impresa societaria e la titolarità di una carica sociale- tuttavia la struttura della fattispecie riflette fondamentalmente, nella descrizione della condotta tipica, la matrice originaria dell'"*Untreue*".

Prevedibili, dunque, le obiezioni che la riproposizione delle grandi linee di un siffatto modello potrebbe far sorgere (ed in parte ha già fatto sorgere in passato, con riferimento a precedenti analoghe iniziative<sup>37</sup>) anche nel nostro ordinamento, così come tradizionalmente vengono sollevate nei confronti del modello originario; obiezioni che possono in ultima analisi riassumersi in una censura di indeterminazione del tipo normativo<sup>38</sup>.

36) In Documenti Giustizia, 1992, n.3, c. 335 ss.

37) Cfr. soprattutto la dottrina richiamata alla nota 18.

38) Sulla problematica compatibilità della fattispecie incriminatrice del § 266 StGB con il principio di determinatezza sancito dall'art.103 co.2 della Costituzione tedesca, cfr. per tutti - già nella manualistica di parte generale - H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11<sup>a</sup> ed., Berlin, de Gruyter, 1969, p.386; H.-H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 4<sup>a</sup> ed., Berlin, Duncker & Humblot, 1988, p.116, che ravvisa in particolare nel *Treubruchstatbestand* un esempio negativo di legislazione penale per <clausole generali>.

7.13) e, quando cioè una valutazione non meramente superficiale della condotta non risultasse con il suo approfondimento e esame, non sia possibile scegliere la qualificazione applicativa, vale a dire la pena di accertamento, che risulti « più adatta » al problema concreto, attecchendo al contempo normative, entro il quale sarebbe destinata ad incidere, una fattispecie quale questa ipotizzata dal progetto.

Un altro lato, si può osservare come la così detta indeterminazione della legge non è un fenomeno una volta che si guardano i termini del « quesito » del primo paragrafo, ma è quello applicativo concreto - dovuti, in una misura non irriducibile, alle carenze del sistema penale societario tedesco - che, in un'analisi anche superficiale della giurisprudenza italiana - *Un caso dell'ambito societario* - ci si può agevolmente avvedere come questi siano, in genere, costituiti, in Germania, da ipotesi - come la falsificazione di affidandi altrui o l'acquisto di azioni proprie<sup>39</sup> - che, in un sistema come il nostro, non verrebbero *a priori* nell'ambito di altre fattispecie penali societarie preordinate specificamente alla salvaguardia del capitale sociale. Di modo che ad un'eventuale fattispecie di infedeltà patrimoniale - quando anche fosse strutturata, in ipotesi, sulla falsariga del modello tedesco - spetterebbe comunque, senz'altro, all'interno del nostro ordinamento, un potenziale ambito applicativo già in partenza molto più circoscritto e tassativo di quanto non sia invece il ruolo assolto in Germania dalla norma incriminatrice del § 266 StGB. Ben altro, cioè, sarebbe il tipo di "prestazioni politico-criminali" che dall'adozione di un simile strumento di intervento penale sarebbe qui lecito attendersi.

Dall'altro lato, si può rilevare come la ricorrente censura di indeterminatezza che - anche da parte della dottrina italiana<sup>40</sup> - si è inteso rivolgere al requisito dell'*abuso dei poteri o violazione dei doveri funzionali*, attorno al quale si incardina la descrizione della condotta infedele, potrebbe venire (se non superata) quanto meno circoscritta, per particolari settori o categorie di soggetti, sulla base della considerazione della sottostante normativa

39) Si veda, in particolare, l'esemplificazione di casi fornita da K. TIEDEMANN, *Kommentar zum GmbH-Strafrecht (§§ 82-85 GmbHG und ergänzende Vorschriften)*, 2ª ed., estratto dal *Kommentar zum GmbH-Gesetz*, a cura di Scholz, 7ª ed., Köln, Schmidt, 1988, p.14ss.

40) V. in particolare G.M. FLICK, *Del pubblico servizio*, cit., p.345s.

extrapenale dalla quale i poteri e doveri in questione traggono fondamento.

Esemplare, sotto quest'ultimo aspetto, proprio il settore che forma oggetto di questo convegno, ossia quello della disciplina dell'intermediazione bancaria (e, estendendo un poco l'angolo di osservazione, finanziaria), dalla cui più recente produzione normativa si staglia una trama sempre più corposa di direttive, obblighi e divieti per i vari soggetti operanti in questi segmenti del mercato. Si pensi, in particolare, alla già ricordata legge sulle società di intermediazione mobiliare, che delinea una fittissima rete di regole di comportamento nei rapporti fra l'intermediario e la clientela e nella gestione ed organizzazione dell'attività di intermediazione mobiliare.

Si è al cospetto infatti di prescrizioni orientate fondamentalmente proprio alla prevenzione di una vasta gamma di possibili conflitti di interessi e che appaiono quindi non solo -come già si è avuto modo di accennare in precedenza- tali da costituire idealmente un substrato naturale per l'introduzione di una ipotetica norma di "chiusura" sull'infedeltà patrimoniale; ma che risultano altresì tali da garantire di poter riempire di un contenuto non fittizio e concettualmente afferrabile questo requisito dell'abuso del potere o violazione del dovere, assicurando quindi, nel contempo, anche le maggiori chances di determinatezza e selettività della reazione penale<sup>41</sup>.

8. Ciò premesso, se si volesse comunque suggerire una variante idonea ad arricchire già in partenza la descrizione normativa della condotta, si potrebbe forse pensare all'eventualità di radicare il comportamento tipico di abuso del potere o violazione del dovere su una situazione base di *conflitto di interessi*<sup>42</sup>. Si riuscirebbe così, per un verso, a ritagliare in via preliminare, ed in maniera più netta, l'ambito di operatività della fattispecie; e, per altro verso, si consentirebbe presumibilmente all'interprete anche un più sicuro accertamento degli estremi della stessa condotta che su quella situazione base deve radicarsi.

---

41) Considerazioni analoghe, del resto, possono probabilmente essere svolte anche per la situazione tedesca, in relazione all'avvento -con il già ricordato *Wertpapierhandelsgesetz* del 1994 -delle nuove <imprese di servizi mobiliari (*Wertpapierdienstleistungsunternehmen*)>, in tutto analoghe, secondo l'impulso del legislatore comunitario, alle nostre SIM.

42) V. già, in tal senso, A. ALESSANDRI, *I reati societari*, cit., p.506s.; C. PEDRAZZI, *La riforma*, cit., p.358.

Si tratterebbe, in un certo senso, di sfruttare al meglio l'originalità dell'esperienza del nostro diritto penale societario: il riferimento riguarda naturalmente, in particolare, la fattispecie del conflitto di interessi *ex art.2631 c.c.*; fattispecie che, peraltro -come ormai tante volte si è puntualizzato in dottrina<sup>43</sup>- ha finito poi per tradire la sua funzione -e per disperdere l'originalità del suo contributo, sul piano politico-criminale- nel momento in cui il legislatore del codice civile, alla preliminare fissazione di quella situazione base di conflitto, ha inteso far seguire la descrizione di una condotta tipica così angusta e formalistica quale la partecipazione alla deliberazione consiliare.

Si tratterebbe, allora, di elaborare una sorta di combinazione fra il modello del conflitto e quello dell'infedeltà, prendendo spunto dalla tipizzazione di una situazione base di contrasto di interessi per poi giungere a descrivere una condotta che -sia pur nel rispetto dell'imprescindibile esigenza di determinatezza- si presenti in termini molto più "aperti" di quelli che si rinvengono nell'art.2631 c.c.; quale ad esempio quella, per l'appunto, costruita sull'abuso del potere o sulla violazione del dovere come nello schema di legge delega.

9. Qualche osservazione a parte merita poi il capoverso della norma contenuta nell'art.102 n°2 dello schema di legge delega, ossia quella clausola sui *gruppi di società* che rappresenta senz'altro l'aspetto più originale della fattispecie di infedeltà tratteggiata dal progetto. Si fa riferimento, cioè, alla precisazione secondo la quale <non è ingiusto il profitto dell'*impresa collegata*, ove questo sia compensato *dai riflessi favorevoli* per l'impresa per il cui conto l'atto è compiuto><sup>44</sup>.

Si delinea con tale formula un elemento che -a quanto risulta dalla disamina dei dati offerti dall'esperienza comparatistica- rappresenterebbe una vera e propria novità assoluta nel panorama legislativo internazionale; laddove, sia che si tratti di fattispecie generali di infedeltà patrimoniale (di diritto comune), sia che si tratti invece di figure (di diritto societario) di abuso del patrimonio sociale da parte degli amministratori -non è dato in

43) V. per tutti M. ROMANO, *Profili penalistici del conflitto di interessi dell'amministratore di società per azioni*, Milano, Giuffrè, 1967, p.123ss.

44) Corsivi aggiunti.

alcun modo di riscontrare la presenza di clausole espresse di esclusione del reato in favore dei gruppi.

I compilatori del progetto, viceversa, hanno inteso riservare alla problematica dei gruppi tutta l'attenzione che l'importanza del tema richiede; attenzione certo ben motivata, posto che la questione dei gruppi di società rappresenta indubbiamente lo scoglio teorico e pratico di maggior rilievo che si frappone all'operatività di tutte le diverse varianti di intervento penale in materia di tutela della correttezza nell'amministrazione sociale.

E, tuttavia, sulla soluzione concretamente adottata rischia di pesare -con effetti, forse, non ancora ben valutabili appieno- la "tara" rappresentata dalla anfibiaologia della nozione di gruppo. Nel mentre, infatti, si afferma espressamente nella relazione<sup>45</sup> la necessità -nel quadro di una fattispecie costruita intorno al <fine di procurare a sè o ad altri un profitto ingiusto>- di non considerare, in linea di principio, ingiusto, <il profitto ricavato da un'impresa del gruppo quale frutto del collegamento all'interno di questo>, allorché il danno patrimoniale alla società sacrificata venga controbilanciato <dal concorso di riflessi economici favorevoli e quindi da un riequilibrio dei rapporti economici intragruppo>, si ricorre nel contempo -al momento di conferire veste normativa a tale idea guida- alla nozione di <società collegata>, che non pare certo la più idonea a tradurre in atto le intenzioni dei proponenti.

Per tale via, infatti, si fornisce del gruppo un'immagine che -se ancorata, come è inevitabile, al "collegamento" in senso tecnico, ex art.2359 co.3 c.c.- appare decisamente sbiadita e sbilanciata -nei suoi effetti pratici sull'ipotetica applicazione in concreto della fattispecie- tanto in eccesso quanto in difetto.

Da un lato, infatti, l'esistenza del collegamento -pur nella sua nuova configurazione a cavallo fra la partecipazione rilevante e il controllo<sup>46</sup>- non segnala null'altro che la presenza di un'"influenza notevole" di una società nei confronti dell'altra; senza che debba in alcun modo da ciò necessariamente inferirsi l'esistenza di legami di gruppo in senso proprio (ossia di una direzione unitaria dei diversi organismi societari<sup>47</sup>), nè, ugualmente, di rapporti di controllo (che presuppon-

---

45) Relazione. Principi generali della parte speciale, in *Documenti Giustizia*, 1992, n°3, c. 390 (con corsivi aggiunti).

46) A seguito, cioè, della riformulazione dell'art.2359 c.c. operata dal d.lgs. 9 aprile 1991 n°127.

47) Sempre che, beninteso, si assuma la nozione di gruppo nel suo contenuto più pregnante: per riferimenti all'elaborazione commercialistica in proposito, cfr. L. FOFFANI, *Le aggregazioni societarie di fronte al diritto penale: appunti sulle nozioni di "partecipazione rilevante", "collegamento", "controllo" e "gruppo"*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1993, p.152ss.

gono pur sempre, anche nella più recente versione dell'art.2359 co.1 c.c., un'influenza "dominante"). Dall'altro lato, poi, stante l'irrilvanza, in linea generale, delle forme di collegamento "indiretto" o "di secondo grado" - ossia attuato per il tramite di una o più società controllata o collegata - può benissimo verificarsi il caso che la norma, così come formulata, risulti inapplicabile proprio nei più importanti dei casi per la soluzione dei quali era stata concepita, ossia per i gruppi dalla struttura più complessa ed articolata, laddove la normale presenza di una pluralità di anelli intermedi fa sì che non possa certo parlarsi di "collegamento" in senso proprio fra capogruppo e società operante.

Qualora quindi si voglia mantenere ferma, in sede di riforma, l'istanza "interventista" sul terreno dei gruppi -ossia la previsione espressa dell'esclusione del reato per le ipotesi che si potrebbero definire di "compensazione intragruppo" - si dovrebbe allora, molto più opportunamente, fare riferimento all'impresa (non già "collegata", bensì) "appartenente al medesimo gruppo"; ponendosi peraltro, a questo punto, l'inevitabile alternativa -densa di insidie in entrambe le possibili opzioni- fra la scelta di anticipare il legislatore societario nella adozione di una definizione di gruppo in termini generali (codificando, eventualmente, il requisito della "direzione unitaria") e quella di lasciare invece tale nozione "in bianco", rinviando cioè per il contenuto concreto della medesima alla disciplina civilistica; con il rischio, evidentemente -nel primo caso- di creare scompensi e frizioni in sede extrapenale (nell'attesa, soprattutto, dell'adozione definitiva in sede comunitaria e del recepimento da parte del legislatore italiano della IX direttiva sui gruppi di società) e -nel secondo caso- di attribuire alla fattispecie incriminatrice confini differenti e mutevoli a seconda dei diversi settori di riferimento e della nozione di gruppo da essi recepita (il gruppo bancario definito, cioè, alla stregua dell'art.60 del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, il gruppo della società di intermediazione mobiliare ai sensi dell'art.4 co.3 l. 2 gennaio 1991 n°1, il gruppo assicurativo a norma del titolo II l. 9 gennaio 1991 n°20, ecc.).

Più saggia potrebbe forse apparire, allora, una soluzione "astensionista" da parte del legislatore penale, che non pretenda di ipotecare i successivi sviluppi della disciplina societaria impegnandosi in un'autonoma opera definitoria, nè si riduca a recepire passivamente i diversi frammenti di una normativa (ancora) priva di organicità. Il che non significa, beninteso, rinunciare all'ipotesi di dare finalmente ingresso nel nostro ordinamento ad una fattispecie di infedeltà patrimoniale, nè abdicare dall'intento di contribuire con tale fattispecie alla posizione di una linea di confine

fra fisiologia e patologia dei raggruppamenti societari; bensì comporta esclusivamente l'impegno ad elaborare un modello di fattispecie che -già per i suoi elementi generali e senza bisogno di clausole particolari per il fenomeno dei gruppi- sia suscettibile di un'equilibrata applicazione anche in tale settore.

Di buon auspicio appare soprattutto, in tal senso, l'esempio, già ricordato, proveniente dalla Francia, dove -in assenza tanto di una disciplina positiva dei gruppi di società (a differenza, cioè, del modello tedesco), quanto di un riferimento espresso ai medesimi nell'ambito della fattispecie di abuso dei beni, del credito, dei poteri e dei voti da parte dei dirigenti sociali -è stata la giurisprudenza ad elaborare nel tempo- soprattutto a partire dal celebre "affaire Willot"<sup>48</sup> - una serie di criteri interpretativi tali da circoscrivere i rischi di arbitrarie incursioni giudiziarie nell'ordinario funzionamento dei gruppi, così come dell'indebita creazione di ingiustificate zone di privilegio o immunità a favore degli interessi economici più forti.

Gli stessi requisiti di fattispecie abbozzati dai proponenti, peraltro -abuso dei poteri o violazione dei doveri inerenti alle funzioni esercitate nell'impresa, evento di danno patrimoniale e fine di ingiusto profitto per sé o per altri- potrebbero precludere alla composizione di un quadro normativo sufficientemente equilibrato, a prescindere dalla previsione del capoverso (la clausola sui gruppi). Del resto, se lo scopo perseguito con quest'ultima è esclusivamente quello di mantenere al di fuori del raggio di azione della fattispecie le ipotesi in cui, già al momento della (apparente) verifica dell'evento lesivo, la diminuzione del patrimonio della società operante risulti adeguatamente compensata dai "riflessi favorevoli" derivanti dall'appartenenza al gruppo, allora è lo stesso elemento del danno patrimoniale che viene evidentemente a mancare, rendendo superflua ed inutilmente ridondante una previsione specifica per i gruppi di imprese. E se, invece -come appare più verosimile- lo scopo è quello di sancire la liceità anche di operazioni in cui il danno venga sì ad esistere ed incida nel presente sul patrimonio della società coinvolta, potendosi cogliere i prescritti "riflessi favo-

---

48) Si tratta della sentenza del Trib. corr. Paris, 16 marzo 1974, in *Gaz. pal.*, 1974, I, p.886 ed in *Rec. Dal.-Sir.*, 1975, II, p.37, sulla quale v. P. MARESCHI, *Il problema dei gruppi di società in Francia: brevi riflessioni su di una sentenza penale*, in *Giur. comm.*, 1975, I, p.724ss.; nonché, più recentemente, V. MILITELLO, *Gruppi di società e diritto penale nell'esperienza francese*, in *Riv. soc.*, 1989, p.777ss.

revoli” ed il necessario “riequilibrio dei rapporti economici intragruppo” soltanto nella successiva attuazione della politica di gruppo (una mera aspettativa di compensazione, cioè, anziché una compensazione in atto), allora l’elemento che potrebbe opportunamente venire in soccorso sarebbe quello (non già inerente al danno o all’ingiustizia del profitto, bensì) attinente alle modalità tipiche della condotta.

Se, cioè -e nei limiti in cui- si sia in presenza effettivamente di un gruppo fortemente strutturato, caratterizzato dall’esercizio di una direzione unitaria e dal perseguimento sostanziale di un oggetto sociale di gruppo (e non quindi, certamente, quando si sia in presenza di mere “società collegate”), ciò che potrà valere ad escludere l’integrazione della fattispecie sarà -già sul piano del diritto positivo e senza attendere, cioè, l’adozione ed il recepimento della IX direttiva CEE- un’equilibrata valutazione del requisito dell’“*abuso dei poteri o violazione dei doveri inerenti alle funzioni esercitate nell’impresa*”; sempre che, beninteso, l’impresa venga considerata -nel quadro di un’interpretazione della fattispecie incriminatrice che voglia scongiurare effetti paralizzanti tanto sulla vitalità del sistema economico quanto su quella della disciplina penale- come un’“*impresa di gruppo*” e su tale realtà economica vengano calibrati poteri e doveri (e, quindi, abusi e violazioni) dei soggetti operanti nelle singole imprese.

10. Un accenno conclusivo, infine, al tema -che richiederebbe anch’esso ben altra ricchezza e profondità di svolgimento- della collocazione della fattispecie.

L’orizzonte applicativo verso il quale guarda la figura criminosa delineata dal progetto è essenzialmente -come è reso evidente anche da quest’ultimo esplicito riferimento ai gruppi- quello di una *gestione d’impresa* organizzata in forma *societaria*; e, ciò nonostante, la sede normativa prescelta è quella generale *codicistica*.

E’ una scelta, questa, che appare strettamente funzionale a (e pienamente coerente con) un disegno globale -quale quello perseguito dai redattori del progetto- di riconduzione della disciplina penale societaria all’interno del codice penale, “diluita” all’interno di un titolo riservato ai <reati contro l’economia> (titolo VII) e destinato ad ospitare anche altre materie altrettanto tradizionalmente extracodicistiche, a cominciare da quella più antica dei reati fallimentari.

Si tratta, naturalmente, di un’opzione che ha dalla sua parte ottime e ben note ragioni di ordine generale: recupero della centralità del codice

rispetto alla marea<sup>49</sup> delle leggi speciali, affermazione di una nuova tavola di beni giuridici, valorizzazione della stessa funzione pedagogica e di orientamento culturale legata in quanto tale alla scelta della sede codicistica per l'intervento penale nell'economia<sup>50</sup>. E' un'opzione, però, che al contempo non è affatto scevra di rischi.

Il pericolo maggiore, in effetti, è quello -come già si è osservato criticamente in dottrina<sup>51</sup>- che <un poco meditato sradicamento di quelle figure, anche le più tradizionali e "consolidate", dalla più complessa matrice normativa nelle quali si innestano possa deformarne, e non poco, il profilo. [...] Una meccanica traslazione in altra sede con ogni probabilità comporterebbe dei mutamenti non facilmente prevedibili e controllabili>. Lo spostamento, cioè, dalla sede tradizionale del codice civile, <per confluire nel "catalogo generale" del codice penale, ben più che un mero mutamento di contesto significherebbe svellere le fattispecie dalla disciplina civilistica che ne costituisce l'indispensabile e non surrogabile retroterra>.

Anche senza voler sopravvalutare oltre misura le conseguenze di un siffatto scenario, non può comunque trascurarsi il fatto che la realizzazione di un programma di riforma quale quello abbozzato dallo schema di legge delega presuppone invero, necessariamente, l'impegno del(l'ipotetico) legislatore delegato in una non certo agevole (ancorchè certamente auspicabile e da lungo tempo sollecitata dalla dottrina) opera di radicale riduzione e semplificazione dei precetti penali societari<sup>52</sup>, che dovrebbero essere riformulati in maniera tale (non solo da rinunciare, evidentemente, ad un comodo rifugio nella abituale tecnica del rinvio, ma anche) da non richiedere un costante adeguamento delle norme incriminatrici in corrispon-

49) "Marea" oggi più che mai montante, anche per l'influsso esercitato -nei più svariati settori della disciplina penale e penale-amministrativa dell'economia lato sensu intesa- dalla produzione normativa comunitaria: v. ad esempio, in tal senso, le significative considerazioni, relative allo specifico settore della produzione agro-alimentare, di A. BERNARDI, *La disciplina penale della produzione agricola e del mercato agro-alimentare*, in *Trattato breve* p.741ss. e 779ss.

50) Per una vigorosa sottolineatura di tali aspetti cfr. ora G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Costituzione*, cit., p.372.

51) A. ALESSANDRI, *I reati societari*, cit., p.491.

52) E' lecito, ad esempio, nutrire qualche dubbio sul fatto che il legislatore delegato possa mostrarsi in grado di formulare una fattispecie generale unitaria di tutela del capitale sociale (art.112 n°1) svincolata dalla disciplina civilistica relativa alla ripartizione degli utili, all'acquisto di azioni proprie, e così via.

denza (e "ad inseguimento") delle continue modifiche della sottostante disciplina privatistica; modifiche, peraltro, che non potranno certo non contrassegnare anche il futuro prossimo della materia penale societaria, soprattutto con l'avanzare del processo di amonizzazione ed omogeneizzazione dello spazio giuridico europeo.

Si tratta, insomma, di una serie di interrogativi che pongono sul tappeto scelte di fondo, che possono evidentemente, in questa sede, essere soltanto enunciate come possibili corna di un dilemma<sup>53</sup>: diritto penale dell'economia all'interno del codice penale o costruzione di uno statuto penale dell'impresa?<sup>54</sup> E, all'interno di quest'ultima eventuale opzione, quale spazio andrebbe riservato alla valorizzazione della specificità dei diversi settori (da quello societario in senso classico a quello bancario, finanziario, ecc.)?<sup>55</sup>

Ed ecco allora che, sull'onda di questi interrogativi di ordine generale, si affaccia anche -riguardo allo specifico oggetto di questo intervento- l'idea di una *pluralità* di fattispecie ispirate al criterio dell'infedeltà patrimoniale, come possibile alternativa ad una fattispecie *generale unitaria* sul tipo di quella proposta dal progetto e da intendersi come riflesso dell'alternativa fra un sistema "*monopolare*", incardinato sulla centralità del codice penale, ed un sistema "*multipolare*", incentrato su uno statuto penale dell'impresa eventualmente affiancato a (e coordinato con) ulteriori specifici sottosistemi.

---

53) Un dilemma, peraltro, certamente non eludibile da parte del legislatore dei prossimi anni, anche al di là della specifica sorte dello schema di legge delega di cui si è qui discusso.

54) Per l'impostazione dei termini del problema v. ora C. PEDRAZZI, *La riforma*, cit., p.355ss.

55) Cfr. in proposito gli spunti offerti da F. BRICOLA, *Lo statuto penale dell'impresa*, cit., p.120s.

CARMEN DI GENIO

SOCIETÀ DI INTERMEDIAZIONE FINANZIARIA  
E RESPONSABILITÀ PENALE.



Il sistema bancario italiano è stato caratterizzato da una sorta di intangibilità fino alla metà degli anni ottanta, per la sua posizione privilegiata in seno al sistema finanziario creditizio dovuta al regime di quasi monopolio in cui la banca operava, data la irrilevanza del mercato mobiliare, la scarsa presenza di intermediari diversi da quelli bancari e la mancanza della concorrenza comunitaria.

Inoltre, la banca, più che come un'impresa nel senso tecnico giuridico del termine, e dunque tesa alla realizzazione di profitti, veniva pensata come perseguita finalità di interesse generale e la sua attività era qualificata dalla giurisprudenza come servizio pubblico, conformemente a quanto previsto dall'art. 1 della Legge 7/3/1938.

Lo sblocco delle autorizzazioni all'ingresso nel mercato, la riscoperta del mercato mobiliare e la concorrenza comunitaria hanno eliminato il monopolio dell'intermediazione bancaria ed hanno imposto ad essa un potenziamento delle gestioni ed il recupero di una più accentuata imprenditorialità: la banca è diventata una vera e propria impresa. Ad essa, con il nuovo ordinamento bancario, vengono garantite nuove, possibilità di azione ma le vengono anche imposti rigidi controlli per tentare, probabilmente, di limitare i rischi connessi a tale nuova situazione. Tali controlli e i correlativi obblighi vengono imposti dalla nuova normativa a tutti gli intermediari, per i quali è stata prevista la costituzione sotto forma di Società.

Negli ultimi anni il legislatore ha rivolto una particolare attenzione al sistema finanziario, bancario e non, in connessione alla repressione del riciclaggio di proventi illeciti, oggetto di una serie di interventi che, sicuramente lodevoli negli intenti, si sono già rivelati, come è stato messo in rilievo, inefficaci a contrastare l'espansione e radicalizzazione del fenomeno criminoso. E ciò sembra addebitabile sia all'impegnatività degli interventi stessi, che ha consentito il radicamento nel tessuto sociale delle organizzazioni criminali, sia al non sempre lineare ricorso allo strumento penale che, nel nostro contesto ordinamentale, dovrebbe essere sussidiario, con il risultato di una, teoricamente, eccessiva responsabilizzazione dei funzionari, amministratori c/o legali rappresentanti degli enti di intermediazione, quasi delegati dalla nuova normativa alla repressione dei reati ma, in realtà, con un controllo dei fatti del tutto insoddisfacente.

L'insuccesso è già stato verificato come si evince dalla scarsissima

giurisprudenza in tema di riciclaggio che, più di ogni altra considerazione, dà conto della carente efficacia delle soluzioni normative a fronte dell'estrema diffusività del fenomeno criminale.

Un problema essenziale appare, dunque, quello della lotta alla riconversione dei profitti illeciti in capitale lecito, effettuata attraverso il sistema bancario e finanziario, che sembrano essere i canali privilegiati delle organizzazioni criminali: esse infatti, hanno ormai quasi abbandonato i tradizionali sistemi di "ripulitura" del denaro sporco più facilmente controllabili.

Come è stato già rilevato, l'argomento riveste un'importanza notevole, se si considera che l'investimento sul mercato della ingente liquidità di cui dispone la criminalità organizzata altera gli equilibri dello stesso, provocando conseguenze sul sistema non solo economico ma anche politico del nostro Paese.

Non a caso, infatti, si è assistito negli ultimi anni alla crescita nel mercato di società finanziarie, fiduciarie, di prestito, contestuale a quella delle attività della criminalità organizzata, che ha indotto il legislatore a richiedere per l'esercizio della funzione creditizia e finanziaria l'iscrizione in un apposito registro, la sussistenza per i titolari dei requisiti di professionalità ed onorabilità (ritenuti necessari a pena di decadenza), nonché la vigilanza sulla loro attività da parte della Banca d'Italia e della Consob.

Abbiamo già detto che il sistema bancario e finanziario sono diventati canali privilegiati di accesso al sistema legale da parte della criminalità soprattutto per la rilevante e diversificata tipologia di servizi che sono in grado di offrire. Ebbene, purtroppo, non sempre l'istituto bancario e finanziario - attore principale nel processo di riconversione - manca della consapevolezza dell'illiceità dei proventi da investire: è questa ipotesi in cui l'impresa pratica una vera e propria politica al fine di conseguire dalle operazioni un profitto. Ovviamente, questa prospettiva lascia impregiudicata la personale responsabilità di colui che, operando all'interno dell'ente, abbia individualmente realizzato un'ipotesi di reato.

E' ben possibile, infatti, che un intermediario finanziario si dedichi prevalentemente alla riconversione di danaro di provenienza illecita mediante sofisticate operazioni di depurazione della liquidità del sistema criminale, che viene così immessa nel sistema legale, ne diventa parte ed è addirittura da questo tutelata in quanto al termine del ciclo il denaro ripulito diventa il "risparmio" che la nostra Costituzione tutela.

Le misure introdotte dalla nuova normativa mostrano, a mio avviso, la consapevolezza di ciò da parte del legislatore che, compresa la necessità di una collaborazione dall'interno delle società di intermediazione,

ha inteso operare una sorta di moralizzazione del mercato mediante la predisposizione di una fitta rete di controlli dell'accesso e dell'esercizio dell'attività finanziaria, controlli delegati al personale interno che viene così direttamente ed oggettivamente coinvolto nella repressione dei reati insieme agli organi istituzionalmente a ciò deputati e forse ancora più di questi.

Questo stato di cose può portare, tuttavia, al collasso del sistema. L'opzione penale, infatti, non potrà dare risultati nè da un punto di vista di prevenzione generale negativa, e dunque di deterrenza, nè di prevenzione generale positiva, di consolidamento dei consensi intorno ai principi ordinamentali, per la materiale impossibilità da parte degli operatori di poter effettuare o meglio di poter riuscire ad effettuare la capillare attività di controllo delle migliaia di operazioni che si verificano al giorno e che il legislatore ha loro richiesto.

Dal punto di vista della prevenzione speciale la situazione è anche peggiore se si considera che, nella ipotesi di violazione, sarà comminata una pena a chi ha le funzioni di amministrazione o rappresentanza dell'ente e, dunque, a chi riveste una posizione di preminenza in seno ad una "organizzazione complessa" con la conseguente deresponsabilizzazione dell'impresa quale soggetto autonomo di diritto e l'affermazione della responsabilità, sostanzialmente per fatto altrui e, dunque, oggettiva del preposto.

Il legislatore, infatti, riconosciuta la possibilità della "delega di funzioni" in capo a dei soggetti, ha designato questi, in quanto titolari dell'esercizio della funzione corrispondente alla qualifica, quali destinatari delle norme.

Ma il problema che si pone, a mio avviso, per tentare di fronteggiare l'ingresso della criminalità organizzata nel sistema economico, che ha costituito la *ratio* delle recenti riforme in materia, è proprio quello di individuare le effettive responsabilità per le operazioni illecite nell'ambito della complessa organizzazione dell'impresa. Esse restano prive di sanzione, celate dai livelli esecutivi sui quali ricade la responsabilità penale per le azioni od omissioni poste in essere in esecuzione di una vera e propria politica di impresa che, ad essa, produce profitti a basso costo.

A questo punto se si vuole impostare una strategia che, in termini di effettività, voglia combattere il fenomeno individuando, altresì, reali forme di responsabilità da sanzionare, si pone la necessità di una rivisitazione del principio dell'irresponsabilità penale delle persone giuridiche vigente nel nostro ordinamento e ritenuto connotato da un valore ontologico.

Ma più che di un valore ontologico si tratta di un valore ideologico,

e per ciò stesso sicuramente superabile, legato al privilegio accordato al sistema imprenditoriale tipico della società capitalistica.

L'incapacità viene ricollegata, altresì, al principio costituzionale della personalità della responsabilità penale di cui all'art.27 comma 1 della Costituzione che, vietando la responsabilità per fatto altrui e consacrando, dunque, il principio della responsabilità per fatto proprio colpevole, comporta che la persona giuridica non possa rispondere penalmente per il comportamento di un suo preposto, anche perchè incapace di esprimere una sua volontà colpevole che è presupposto necessario dell'imputazione. Tutto ciò è sicuramente vero se si considera la Società come soggetto distinto dai suoi organi, ma se, invece, come è stato sostenuto dalla più attenta dottrina, si privilegia il rapporto organico esistente tra la persona giuridica e le persone fisiche che danno vita ai suoi organi - che esprimono quella che è una volontà dell'ente nella sua autonoma essenza e dunque soggettività - si può tentare di superare la difficoltà, ritenuta insormontabile, del dualismo solo apparente tra amministrato ed ente di appartenenza. La persona giuridica ha una sola volontà che, al pari di quella individuale, può essere orientata anche alla realizzazione di fatti illeciti. Mi riferisco cioè alle ipotesi in cui l'illecito è commesso in esecuzione di una volontà sociale, che è la volontà dell'ente o ancora dell'oggetto sociale. Esso può essere sintomatico di una pericolosità intrinseca dell'ente stesso che giustificerebbe, se accertata, l'applicazione di misure sanzionatorie anche di carattere penale.

Quando il fatto di reato è, infatti, realizzato da un soggetto che è legato da un rapporto organico alla struttura societaria e quando questo costituisce un mezzo per la realizzazione dello scopo sociale o della politica di impresa, rappresenta senza dubbio la manifestazione di una pericolosità che è riferibile alla organizzazione tutta nel suo complesso e non solo ad un suo preposto ed anzi tanto più insidiosa, in quanto strumentalizza uomini e mezzi per la realizzazione di scopi illeciti nascondendosi dietro l'apparente alterità.

Solo colpendo la società nella sua essenza - e non "l'uomo di paglia" del tutto fungibile, da essa stessa indicato quale responsabile dei fatti di reato posti in essere per il suo tramite - si può tentare di dare una risposta adeguata alla prevenzione del fenomeno del riciclaggio nel sistema bancario e finanziario impedendo, altresì, all'impresa di continuare ad operare indisturbata. Ciò è possibile attraverso l'attivazione scalare degli strumenti sanzionatori disponibili imposta dal principio di estrema *ratio* mediante l'utilizzazione di strumenti di controllo sociale meno incidenti sulla libertà individuale, anche all'interno di una soluzione penalistica.

Si potrebbe pensare, cioè, all'utilizzazione di uno strumentario sanzionatorio differenziato capace di colpire l'impresa in quanto tale mediante la creazione, ad esempio, di sanzioni interdittive applicabili in via esclusiva come il divieto di svolgimento dell'attività creditizia - finanziaria con la cancellazione o sospensione dall'elenco delle imprese autorizzate alla suddetta attività o, ancora, alla comminazione di sanzioni pecuniarie a carico dell'impresa di entità tale da far venir meno il vantaggio realizzato direttamente o indirettamente tramite gli illeciti commessi.

La creazione di misure alternative a quelle penali tradizionali di intervento è necessaria per la credibilità stessa del sistema penale che, se oberato, non riesce a rispondere con efficienza, perdendo così consensi e fiducia da parte dei consociati: solo attraverso l'abbandono della cultura dell'intervento penale, concentrato unicamente alla privazione della libertà personale ed una rivisitazione dei dogmi ancora esistenti nel nostro ordinamento, che devono cedere oltre che alle argomentazioni normative alle nuove istanze di politica criminale, è possibile far sì che la normativa relativa al sistema bancario e finanziario si riveli un efficace strumento di lotta alle organizzazioni criminali che attraverso i circuiti finanziari tentano di "impossessarsi" del nostro Sistema.

ANTONIO CAVALIERE

SUI RAPPORTI FRA CONDOTTA DI USURA E  
ATTIVITÀ DI RICICLAGGIO.



1. Usura e riciclaggio possono realizzarsi attraverso un'unica condotta: quando il danaro o la cosa mobile prestata dall'usuraio provenga da delitto non colposo, la condotta descritta nelle fattispecie di usura realizza nello stesso tempo la sostituzione che configura il riciclaggio in base all'art.648bis c.p. Più propriamente, l'usura può rappresentare sia una 'sostituzione' che un 'impiego' di capitali di provenienza illecita,<sup>1</sup> ma l'art.648ter non sembra trovare applicazione, a causa della strana clausola di riserva in favore dell'art.648bis<sup>2</sup>. Dal punto di vista empirico, la convergenza tra usura e riciclaggio nella strategia della criminalità organizzata va al di là di quanto indicano le definizioni normative, in quanto comprende, ad esempio, sia i casi di concorso nel reato-presupposto, espressamente esclusi dall'ambito di applicazione dell'art.648bis, sia i casi di usura reale. A quest'ultimo proposito, ovviamente, segnalare il dato significa nel contempo indicare un'urgente necessità di tutela anche nei confronti dell'usura reale. Ma, come si vedrà meglio più avanti, la relazione tra attività di riciclaggio e usura comporta una ben più generale necessità di rielaborazione delle fattispecie di usura.

---

1) Che l'operazione usuraria realizzi una "sostituzione" rilevante ex art.648bis, deriva dal fatto che questa disposizione non distingue la sostituzione pura e semplice da quella che realizzi contemporaneamente anche un ulteriore profitto. Del resto, questa lettura della norma appare confermata dall'orientamento giurisprudenziale (relativo alla vecchia formulazione dell'art.648bis, che comunque sotto questo profilo è rimasta invariata) secondo cui configura una 'sostituzione' il deposito del danaro di provenienza delittuosa in banca (cfr. Cass. 86/174380; per un'ulteriore esemplificazione di casi di sostituzione rilevante ex art.648bis, fornita, si noti, dopo l'entrata in vigore dell'art.648ter, v. PECORELLA, *Circolazione del denaro e riciclaggio*, in Riv.it. 1991, 1231-1232); nella misura in cui tale deposito comporta la corresponsione di interessi, si tratta di una sostituzione 'produttiva'.

2) In proposito, v. MOCCIA, *Impiego di capitali illeciti e riciclaggio: la risposta del sistema penale italiano*, in *Questo volume*, p.17ss. del dattiloscritto; PECORELLA, *op.cit.*, p.1237ss. Sia consentito ricordare qui soltanto il paradosso costituito dal fatto che, in base a tale clausola, la condotta più grave del reimpiego (art.648ter) non può praticamente essere punita, perché la sua realizzazione comporta sempre anche una sostituzione o un trasferimento o un ostacolo all'identificazione della provenienza illecita, punibili in base all'art.648bis.

L'usura non è un reato tipico della criminalità organizzata. Lo è diventata, specialmente in alcuni contesti locali, proprio in connessione con l'attività di riciclaggio. Le ragioni di questa connessione sembrano essere diverse. Da una parte, l'usura, com'è noto, risponde alla esigenza delle organizzazioni criminali d'investire in modo redditizio i capitali di provenienza illecita. All'ingente offerta di credito usurario che ne deriva, corrisponde, anche in relazione alla congiuntura economica, una forte domanda, rispetto alla quale la disponibilità di capitali di enormi dimensioni, che possono essere mobilitati prontamente e senza formalità, fa sì che le organizzazioni criminali offrano, per così dire, un servizio estremamente competitivo per imprenditori e comuni cittadini in difficoltà economica o finanziaria.

D'altronde, com'è stato rilevato, il ricorso all'usura da parte delle organizzazioni criminali in Italia appare motivato, oltre che dall'esigenza di "ripulire" direttamente dei capitali, realizzando nel contempo un arricchimento risultante dalla sproporzione tra le prestazioni usurarie, anche dall'intento di acquisire attività economiche o imprenditoriali, non solo in quanto tali, bensì anche, e soprattutto, in vista della possibilità di servirsi di tali attività proprio per riciclare denaro di provenienza illecita<sup>3</sup>.

Tra i fattori che concorrono a spiegare la recente recrudescenza del fenomeno usura, in relazione al suo inserirsi nell'attività del crimine organizzato, ve n'è, secondo parte della dottrina, anche uno attinente alla particolare fase attraversata dalle organizzazioni criminali italiane: in via di estrema sintesi, si tratterebbe del fatto che esse sono in difficoltà sul piano internazionale, a causa di una minore capacità "imprenditoriale" rispetto ad altre organizzazioni. La carenza, rispetto a queste ultime, di sufficienti rapporti con personale, esterno all'organizzazione, specializzato in operazioni di riciclaggio internazionale (operatori corrotti del settore bancario e finanziario o addirittura banche, come è avvenuto nel caso della BCCI), contribuirebbe, insieme alla posizione non più primaria nel traffico degli stupefacenti, a far sì che la mafia siciliana e le altre organizzazioni criminali italiane si concentrino sul contesto nazionale, mirando a controllare il territorio. E ciò comporterebbe un maggiore ricorso, sul piano locale, a reati finalizzati ad acquisire entrate diverse da quelle derivanti dal traffico di stupefacenti (in prima linea appalti, fatti estorsivi) ed a precostituire strumenti lo-

---

3) SAVONA. *La grande corsa: mafia e legislazione anti-riciclaggio*, in *Pol.Dir.*, 1994, 83.

cali di riciclaggio (usura imprenditoriale) che possono costituire anche "servizi" da offrire ad altre organizzazioni criminali<sup>4</sup>.

In questo quadro, acquista rilievo l'ipotesi che il ricorso massiccio all'usura come strumento di riciclaggio da parte delle organizzazioni criminali sia paradossalmente favorito, in qualche misura, anche dall'incremento dei controlli prescritti dalla normativa antiriciclaggio su altre forme di impiego dei proventi illeciti. Questo non è del tutto inverosimile, se si pensa, da un lato, all'estensione della normativa antiriciclaggio, e degli obblighi connessi (tra cui quelli d'identificazione, registrazione e segnalazione),<sup>5</sup> a tutti gli operatori del sistema finanziario e creditizio, e non solo al sistema bancario; e, dall'altro, al fatto che le organizzazioni criminali si servono spesso della rete degli usurai "tradizionali", che operano al di fuori di qualsiasi controllo,<sup>6</sup> mentre le finanziarie controllate da tali organizzazioni, anziché applicare tassi usurari, possono eludere i controlli, per esempio, anche applicando tassi ridotti e contabilizzando tassi più elevati, in modo da realizzare un riciclaggio di danaro sporco per un importo corrispondente alla differenza dei tassi. D'altronde, bisogna tener presente che il maggior rigore delle verifiche nel settore creditizio e finanziario -sia in funzione antiriciclaggio, sia al fine di ridurre il rischio del credito, particolarmente alto per quanto riguarda l'erogazione di crediti di dimensioni ridotte, cioè a famiglie e a piccole e medie imprese<sup>7</sup>- comporta restrizioni all'accesso al credito da parte dei soggetti in difficoltà economica o finanziaria, e quindi può far aumentare la domanda di crediti usurari. L'aspetto economico della redditività dell'investimento e della sua impiegabilità in funzione strumentale rispetto al riciclaggio, il dato della dinamica evolutiva dei rapporti fra organizzazioni criminali, l'oscillazione fra dimensione internazionale e nazionale delle attività delle organizzazioni criminali italiane, ed infine l'influenza della legislazione antiriciclaggio sulle scelte criminali forniscono, nel complesso, l'immagine di una criminalità organizzata che, sotto una serie di spinte, si adatta "aggiustando" la propria strategia, anche nel

4) Per questi rilievi, cfr. SAVONA, *op.cit.*, pp.65, 71, 79 e *passim*.

5) Su cui v. per tutti MOCCIA, *Impiego di capitali illeciti e riciclaggio: la risposta del sistema penale italiano*, cit., p.3ss. del dattiloscritto.

6) In proposito, cfr. COMMISSIONE PARLAMENTARE ANTIMAFIA, *Camorra e politica. Relazione approvata dalla Commissione il 21 dicembre 1993*, Roma-Bari 1994, pp.19-20.

7) Cfr. sul punto A.8.1., *Documento sull'usura*, Roma 1994, pp.9-10, 20.

senso di un maggiore investimento nell'usura.

Il fatto che l'usura venga impiegata come strumento di riciclaggio sembra comportare una modificazione della sua fisionomia. In primo luogo, acquista particolare rilievo l'usura imprenditoriale,<sup>8</sup> per la quale, tra l'altro, la criminalità organizzata, più dell'usuraio tradizionale, dispone dei fondi necessari, che può mobilitare prontamente, venendo così incontro alle difficoltà finanziarie (ovvero al bisogno contingente di liquidità), che caratterizzano in particolar modo la situazione della vittima-imprenditore. In secondo luogo, cambia parzialmente la situazione-presupposto, dal momento che chi esercita un'attività professionale o imprenditoriale non necessariamente versa in gravi difficoltà economiche, ma, magari, intende finanziare operazioni rischiose, oppure semplicemente non ottiene credito per vie legali per mancanza di idonee garanzie o certificazioni, pur in presenza di una situazione patrimoniale complessiva ancora relativamente solida. Infine, sembra aumentare l'attitudine offensiva della condotta, da una parte perché le organizzazioni criminali realizzano il riciclaggio anche attraverso il *factoring*, ovvero inserendosi nella realizzazione della condotta usuraria al momento della riscossione del credito, impiegando, eventualmente, a tal fine i propri mezzi di coazione anche violenta, il che sovente comporta il trasformarsi dell'usura in estorsione; dall'altra, perché spesso l'usura costituisce, come si è accennato, un tentativo di acquisizione di attività economiche o imprenditoriali, il che, tra l'altro, fa sì che vengano richieste in garanzia partecipazioni o quote societarie o aziendali, oppure anche proprietà immobiliari<sup>9</sup>.

Le modificazioni descritte conseguono ad una connessione funzionale tra usura e riciclaggio che non comporta necessariamente una sostituzione soggettiva del 'riciclatore' all'usuraio: anzi, la frequente strumentalizzazione dell'usuraio da parte della criminalità organizzata, o,

---

8) Su questa forma di usura e sulla sua frequenza sempre maggiore, in corrispondenza con il ricorso all'usura da parte delle organizzazioni criminali, v. i rilievi di MUCCIARELLI, *Commento all'art. 11-quinquies d.l. 8/6/1992 n. 306 (Usura e usura impropria)*, in *LP* 1993, p.137, 140; ALBAMONTE, *L'usura impropria nella legge n.356 del 1992*, in *Cass.pen.* 1993, p.227; DI NARDO, *Le innovazioni di diritto penale della l. 356/92*, in *Riv.pen.* 1993, p.261.

9) La recente evoluzione del fenomeno è illustrata in COMMISSIONE PARLAMENTARE ANTIMAFIA, *Camorra e politica. Relazione approvata dalla Commissione il 21 dicembre 1993*, cit., pp.19-20.

se si preferisce, l'attività di supporto di quest'ultima nei confronti del primo, appare idonea a contribuire all'insidiosità dell'usura, dal momento che l'organizzazione criminale viene allo scoperto soltanto in un secondo momento, quando si tratta di riscuotere o di far valere le garanzie prestate all'usuraio dal soggetto passivo. Riassumendo, quella connessione funzionale può verificarsi a più livelli: la criminalità organizzata può mettere a disposizione capitali di provenienza illecita che vengono così ripuliti attraverso l'estinzione del debito ed il pagamento degli interessi da parte della vittima; può, inoltre, realizzare una sostituzione di capitali di provenienza illecita attraverso il *factoring*, ovvero pagando l'usuraio con danaro di provenienza illecita e riscuotendo dal soggetto passivo denaro 'pulito' o acquistando le partecipazioni o quote date in garanzia; infine, soprattutto, attraverso l'usura imprenditoriale essa può acquisire attività economiche o imprenditoriali che costituiranno così delle "lavanderie" di danaro di provenienza illecita.

2. Anche l'attività di riciclaggio, come la condotta tipica di usura, subisce, in relazione alla connessione funzionale con quest'ultima, una modificazione della sua fisionomia che merita di essere osservata.<sup>10</sup> Quando l'usura viene utilizzata come strumento di riciclaggio, si tratta di un riciclaggio improprio,<sup>11</sup> ovvero di un riciclaggio attraverso attività già di per sé criminali. Ciò è evidente nei casi, appena illustrati, in cui le condotte di riciclaggio e usura coincidono; ma anche quando il riciclaggio viene effettuato solo dopo l'acquisizione dell'attività economica o imprenditoriale ottenuta mediante l'usura, si tratta di un riciclaggio improprio, nel senso che richiede la realizzazione di una condotta lesiva ulteriore rispetto a quella di perpetuazione di una situazione antigiuridica. Questo comporta una maggiore visibilità dell'operazione di riciclaggio effettuata attraverso l'usura rispetto ad altre tecniche di riciclaggio, almeno sotto due profili. Da un primo punto di vista, si può fare riferimento alla tesi secondo cui il ricorso

10) Nell'argomentazione che segue ci si baserà sulle definizioni normative di riciclaggio e reimpiego (artt. 648bis e ter), per cui il termine riciclaggio non va inteso, come pure avviene, in senso ampio e comprensivo del reimpiego.

11) Secondo la definizione di PISTORELLI, *Economia e criminalità*, Forum - Commissione Nazionale Antimafia (Roma 14-15 maggio 1993), in Riv. Trim. Dir. Pen. Econ., 1993, p.364.

all'usura da parte delle organizzazioni criminali rientra in una dinamica di dislocazione delle attività di riciclaggio verso il territorio nazionale, ed in particolare verso determinate aree che esse controllano o mirano a controllare: a ciò corrisponde una localizzabilità e controllabilità potenzialmente e relativamente maggiore di questa tecnica di riciclaggio rispetto ad altre tecniche, che si esplicano attraverso circuiti internazionali molto complessi e di difficile controllo. Da un secondo punto di vista, collegabile al primo in una prospettiva di repressione del fenomeno, l'operazione di riciclaggio realizzata attraverso l'usura è più visibile di altre, dal momento che in tal caso l'attività corrispondente è percepita direttamente come illecita, in quanto usura, dal soggetto passivo della stessa. La differenza rispetto ad altre forme "proprie" di riciclaggio sta qui nel fatto che, nel caso di queste altre forme, la loro dannosità sociale non è altrettanto direttamente percepibile dalle vittime al momento della realizzazione. Questo avviene perchè il riciclaggio conosce strade molto più insidiose, mediante le quali esso viene realizzato al di fuori di un contatto diretto con i soggetti passivi, e senza determinare necessariamente nuove lesioni patrimoniali individuali oltre alla perpetuazione di una situazione antiggiuridica<sup>12</sup> creata con la commissione dei reati presupposto. Infatti, la condotta prevista dall'art. 648bis, da un lato, per quel che riguarda appunto la perpetuazione di una situazione antiggiuridica, non è normalmente avvertibile dalla vittima del reato presupposto; dall'altro, essa non è, di per sè, direttamente lesiva dell'altrui potenzialità economica in termini di capacità concorrenziale, lesione che caratterizza, come è stato rilevato,<sup>13</sup> il successivo impiego di capitali, rispetto al quale il riciclaggio in sè costituisce un'attività preliminare, che però sul piano logico non necessariamente implica il successivo reimpiego. Ciò comporta che al momento della sostituzione o del trasferimento o dell'ostacolo all'identificazione della provenienza delittuosa di denaro, beni o altre utilità, non vi sia ancora la lesione della capacità economica derivante dal successivo reimpiego, e quindi che anche sotto questo profilo non sia avvertibile dalla (futura) vittima la lesività del-

12) Cfr. MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Padova 1988, pp.134-135.

13) MOCCIA, *Impiego di capitali illeciti e riciclaggio: la risposta del sistema penale italiano*, cit., p.14ss. del dattiloscritto.

la condotta di riciclaggio<sup>14</sup>.

Da tutto ciò discende che la tutela dal riciclaggio resta affidata (al di fuori dei casi di connessione funzionale tra usura e riciclaggio) alla percezione dell'attività di riciclaggio da parte di un sistema di controllo 'preventivo', che non coinvolge le vittime, ma punta sulla mobilitazione degli operatori del settore finanziario e creditizio. Anzichè prendere avvio dalla denuncia dei soggetti passivi, il perseguimento del riciclaggio richiede l'ausilio di un'attività di informazione svolta da parte del sistema creditizio e finanziario (in particolare, sotto forma di identificazione, registrazione e segnalazione)<sup>15</sup> ed in generale di un sistema creditizio e finanziario trasparente sotto ogni profilo;<sup>16</sup> in questo quadro complessivo si inserisce anche la responsabilizzazione degli operatori<sup>17</sup>.

---

14) Non sembra che la lesività del riciclaggio possa essere ravvisata, oltre che nella perpetuazione di una situazione antiggiuridica, nel mero arricchimento costituito dalla formazione di capitali 'ripuliti' e perciò successivamente investibili. Se è vero, infatti, che il riciclaggio appare particolarmente insidioso in una società dotata di un forte dinamismo economico, in cui esso è difficilmente controllabile, il fatto da colpire resta pur sempre l'offesa che si ricollega al suddetto arricchimento della criminalità organizzata, in termini sia di difficoltà di recupero del bene per la vittima del reato-presupposto, sia di successivo impiego pregiudizievole dell'altrui potenzialità economica in termini di capacità concorrenziale, e non, invece, l'arricchimento in quanto tale, come sostiene PECORELLA, *Circolazione del denaro e riciclaggio*, cit., p.1221-2; in tal senso ci sembrano condivisibili i rilievi critici di AZZALI, *Diritto penale dell'offesa e riciclaggio*, in *Riv.it.dir.proc.pen.* 1993, p.419ss., 428ss.

15) Sulla problematica relativa v. ad es. FLICK, *La repressione del riciclaggio ed il controllo dell'intermediazione finanziaria. Problemi attuali e prospettive*, in *Riv.it.dir.proc.pen.* 1990, p.1260, 1268ss.; ID., *Intermediazione finanziaria, informazione e lotta al riciclaggio*, in *Riv.soc.* 1991, p.439ss., p.463ss.; ID., *Le risposte nazionali al riciclaggio di capitali. La situazione italiana*, in *Riv.it.dir.proc.pen.* 1992, p.1293ss.; PECORELLA, *op.cit.*, p.1223ss., p.1240ss. In particolare, sulle indicazioni operative per la segnalazione delle operazioni sospette diffuse dalla Banca d'Italia, e sulla loro funzione, cfr. BARBIERA CONTENUTO, *Lotta al riciclaggio del denaro sporco. Nuova disciplina dei pagamenti, dei titoli di credito e delle attività finanziarie*, Milano 1991, p.49ss.

16) Sulla necessità di controllare in particolare le società finanziarie, fiduciarie, e di intermediazione mobiliare, cfr. FLICK, *Società fiduciarie, finanziarie e di intermediazione mobiliare*, in *Riv.Soc.* 1990, p.455; ID., *Prospettive e problemi del controllo penale degli intermediari finanziari*, *ivi*, p.789; ID., *Le regole di funzionamento delle imprese e dei mercati. L'incompatibilità con il metodo mafioso: profili penalistici*, in *Riv.it.dir.proc.pen.* 1993, p.906ss.

17) Su questo aspetto, v. per tutti MOCCIA, *Impiego di capitali illeciti e riciclaggio: la risposta del sistema penale italiano*, cit., p.21ss. del dattiloscritto.

Ma anche per gli operatori stessi si presentano, nel momento iniziale dell'attività di riciclaggio e reimpiego, ovvero al momento dell'ingresso dei capitali di provenienza illecita nel mercato finanziario, evidenti difficoltà di individuazione delle condotte illecite,<sup>18</sup> che confermano la difficile percezione dell'offesa in questa fase.

A ciò si aggiunge, ad ostacolare l'efficacia del controllo preventivo in funzione antiriciclaggio, una lunga serie di fattori, che in questa sede possono essere solo menzionati in via del tutto esemplificativa e tralasciandone alcuni. Innanzitutto, s'incontrano tradizionali resistenze del sistema creditizio e finanziario a svolgere un'attività di controllo ritenuta pregiudizievole per l'attività di impresa, che rischia la paralisi e la perdita di concorrenzialità<sup>19</sup>. Da questo punto di vista, il progressivo superamento del principio secondo cui "*pecunia non olet*"<sup>20</sup> sembra da ricollegare soprattutto alla presa di coscienza della lesività non tanto del riciclaggio in sé, quale perpetuazione della lesione nei confronti della vittima del reato presupposto, quanto del reimpiego dei capitali di provenienza illecita, in quanto lesione della capacità concorrenziale e aggressione all'"ordine economico"<sup>21</sup> (e, quindi, del riciclaggio in

18) Segnala tali difficoltà, evidenziando nel contempo la facilità relativamente maggiore del controllo nei momenti successivi, riguardanti rispettivamente l'occultamento della catena di movimentazioni effettuate all'interno del circuito finanziario ed il reimpiego, FLICK, *La repressione del riciclaggio ed il controllo dell'intermediazione finanziaria. Problemi attuali e prospettive*, cit., p.1266; *Intermediazione finanziaria, informazione e lotta al riciclaggio*, cit., p.443ss. ID., *Le risposte nazionali al riciclaggio di capitali. La situazione italiana*, cit., p.1288.

19) FLICK, *La repressione del riciclaggio ed il controllo dell'intermediazione finanziaria. Problemi attuali e prospettive*, cit., p.1262; ID., *Intermediazione finanziaria, informazione e lotta al riciclaggio*, cit., p.439ss.; PECORELLA, *op.cit.*, p.1247. A questa tematica sono connesse le antiche polemiche sul segreto bancario, v. ad es. FLICK, *op.ult.cit.*, p.451; ID., *Le risposte nazionali al riciclaggio di capitali. La situazione italiana*, cit., p.1270. Diverso è il caso della connivenza tra criminalità organizzata ed esperti del settore finanziario e creditizio; questi ultimi, essendo in tali casi spesso esterni alle organizzazioni criminali, e comunque controllabili, "appresentano, comunque, dei soggetti "a rischio" dal punto di vista di quelle organizzazioni, cfr. SAVONA, *op.cit.*, p.58.

20) In proposito v. FLICK, *La repressione del riciclaggio ed il controllo dell'intermediazione finanziaria. Problemi attuali e prospettive*, cit., p.1256-7.

21) In quest'ultimo parte della dottrina vede l'oggetto di tutela delle prescrizioni penali in tema di riciclaggio, v. FLICK, *op.ult.cit.*, p.1261; PECORELLA, *op.cit.*, p.1233ss. Ma l'ordine economico costituisce più propriamente una *ratio* di tutela, mentre l'oggetto di tutela va individuato, sia rispetto all'art.648bis, sia rispetto all'art.648ter, nel patrimonio: su ciò e sugli inconvenienti che comporta l'adozione di *rationes* quali beni giuridici, cfr. MOCCIA, *Impiego di capitali illeciti e riciclaggio: la risposta del sistema penale italiano*, cit., p.12 del dattiloscritto.

quanto fase preliminare rispetto al reimpiego): proprio l'allarme sulle capacità inquinanti del reimpiego ha spinto ad una mobilitazione antiriciclaggio che a livello nazionale ha portato, tra l'altro, alla riformulazione dell'art.648bis e all'introduzione e successiva modificazione dell'art.648ter<sup>22</sup>.

Il problema -centrale in un sistema preventivo orientato verso uno *screening* da parte degli operatori, per evitare un paralizzante eccesso di segnalazioni<sup>23</sup> - delle resistenze del settore creditizio e finanziario appare comunque in via di superamento in ragione della maggiore presa di coscienza ed anche della responsabilizzazione degli operatori stessi. Ma da più parti si riscontra un certo scetticismo sull'efficacia dei controlli, motivato con difficoltà operative di vario genere,<sup>24</sup> e si registra il provvisorio insuccesso della strategia preventiva<sup>25</sup>.

---

22) Cfr. MOCCIA, *op.ult.cit.*, p.7 (del dattiloscritto); v. anche p.2ss., sul progressivo sganciamento da una prospettiva di mera repressione dei reati-presupposto. FLICK, *Le risposte nazionali al riciclaggio di capitali. La situazione italiana*, cit., pp.1290-1, rileva la relazione esistente tra accresciuta consapevolezza della lesività del reimpiego di capitali di provenienza illecita e maggiore consenso del sistema creditizio e finanziario sulla necessità di un più forte impegno antiriciclaggio, con conseguente accettazione dei costi che ciò comporta e della responsabilizzazione degli operatori.

23) Il rischio è quello che troppe segnalazioni equivalgano a nessuna segnalazione, v. FLICK, *op.ult.cit.*, p.1259, p.1271; ID., *Intermediazione finanziaria, informazione e lotta al riciclaggio*, cit., pp.466-7. Segnala, anche più in generale, il rischio di strumenti di tutela sproporzionati per eccesso nella lotta al riciclaggio. STORTONI, *Criminalità organizzata e legislazione di emergenza*, in *Dei delitti e delle pene*, 3, 1992, p.49.

24) Ad esempio, difficoltà di individuazione dei coefficienti di anomalia delle operazioni, cfr. FLICK, *La repressione del riciclaggio ed il controllo dell'intermediazione finanziaria. Problemi attuali e prospettive*, cit., p.1271; ID., *Intermediazione finanziaria, informazione e lotta al riciclaggio*, cit., p.447; carenze di efficacia dovute al carattere formale anziché sostanziale dei controlli (PECORELLA, *Circolazione del denaro e riciclaggio*, cit., 1245); difficoltà attinenti ai mezzi: banche e istituzioni italiane sarebbero "poco attrezzate a rispondere alla generale domanda di trasparenza", così SAVONA, *op.cit.*, p.74.

25) SAVONA, *op.cit.*, p.75ss., p.77: il trend è orientato su un livello bassissimo di denunce, la maggior parte delle quali proviene dalle banche, che sono di fatto più controllate. Già si registra l'accusa delle autorità pubbliche al sistema bancario di non aver attuato l'obbligo di segnalazione delle operazioni sospette, cfr. FLICK, *Le risposte nazionali al riciclaggio di capitali. La situazione italiana*, cit., p.1296. In questo quadro, riaffiora in modo latente la polemica sulla possibilità di un modello alternativo di controllo, centralizzato e quindi non affidato alla mediazione dell'operatore creditizio o finanziario, cfr. FLICK, *Intermediazione finanziaria, informazione e lotta al riciclaggio*, cit., p.446. In ogni caso, appare opportuno sottolineare l'importanza, in qualsiasi modello preventivo, dei controlli incrociati, con particolare riferimento a quelli fiscali, cfr. FLICK, *op.ult.cit.*, p.451; MOCCIA, *op.ult.cit.*, p.4.

3 Le difficoltà esposte si riferiscono naturalmente al controllo sia del riciclaggio che della successiva fase del reimpiego.

Anche nel caso del reimpiego di capitali di provenienza illecita, come nel caso del riciclaggio effettuato attraverso l'usura, la visibilità del fenomeno è ampliata dalla sua lesività ulteriore rispetto alla perpetuazione di una situazione antiggiuridica creata con la commissione del reato-presupposto<sup>26</sup>. Il reimpiego costituisce, infatti, di regola, una fase successiva rispetto al riciclaggio vero e proprio, e comunque -anche quando è con lo stesso reimpiego che si realizzano direttamente la sostituzione, il trasferimento o la condotta di ostacolo all'identificazione della provenienza illecita di denaro, beni o altre utilità che configurano il riciclaggio ai sensi dell'art.648bis- esso realizza in ogni caso, appunto, una lesione ulteriore rispetto a quella derivante dal riciclaggio, consistente, come si è visto, nella diminuzione dell'altrui potenzialità economica in termini di capacità concorrenziale<sup>27</sup>. Ovviamente, anche l'attività di riciclaggio si dirige verso l'offesa di quest'ultimo interesse, rispetto al quale rappresenta però una aggressione ancora remota<sup>28</sup>. Nella misura in cui ricomprende al suo interno l'attività di riciclaggio<sup>29</sup> anche il reimpiego di capitali di provenienza illecita può essere definito un "riciclaggio improprio", in quanto si realizza attraverso un'attività lesiva anche quale turbativa dell'altrui capacità concorrenziale.

Questa definizione, che può apparire forzata, serve ad evidenziare la contiguità con il riciclaggio realizzato attraverso una condotta di usura, che è appunto un riciclaggio improprio, ed a chiarire meglio i rapporti che intercorrono fra usura e reimpiego. All'inizio si è detto che l'usura può costituire propriamente sia un riciclaggio che un reimpiego. Questo è certa-

26) Sulla lesività del reimpiego sotto più profili, v. per esempio FLICK, *op.cit.*, p.449; ID, *La repressione del riciclaggio ed il controllo dell'intermediazione finanziaria. Problemi attuali e prospettive*, cit., p.1265; GROSSO, *Frode fiscale e riciclaggio: nodi centrali di politica criminale nella prospettiva comunitaria*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, p.1277.

27) V. *supra*, nota 14 e testo corrispondente.

28) AZZALI, *op.cit.*, p.433, evidenzia, sia pure in un'ottica di tutela dell'ordine economico, come il riciclaggio appresti, in questo senso, una tutela anticipata rispetto alla stessa lesione che connota la fattispecie di reimpiego.

29) Infatti, anche quando si presenti come fase successiva rispetto ad una condotta rilevante ex art.648bis, il reimpiego implica necessariamente un'ulteriore attività di sostituzione o trasferimento o ostacolo, configurante il riciclaggio. Sui paradossi legati all'attuale clausola di riserva prevista dall'art 648ter, v. *supra*, p.1.

mente vero, se ci si riferisce al dato della riutilizzazione in termini di investimento produttivo di capitali di provenienza illecita, che avviene attraverso la condotta di usura. D'altra parte, però, la condotta di usura e quella di reimpiego, prevista dall'art.648ter, realizzano lesioni patrimoniali diverse: con l'usura si aggredisce direttamente il patrimonio individuale considerato in sé, mentre con il reimpiego si lede il patrimonio altrui in modo mediato (ma, certo, non per questo meno dannoso), minandone la capacità concorrenziale attraverso l'introduzione e la movimentazione nel mercato di masse di capitali a basso costo. Proprio la lesione patrimoniale costituita dalla diminuzione di capacità concorrenziale sembra costituire, allora, l'elemento che fa di una utilizzazione di capitali di provenienza illecita un impiego rilevante ai sensi dell'art.648ter. Se, in altri termini, la prescrizione merita, in una prospettiva *de lege ferenda*, autonomia sostanziale ed anzi rilievo centrale<sup>30</sup> rispetto a condotte di perpetuazione di una situazione antiggiuridica rientranti nell'ipotesi di riciclaggio, ciò è dovuto proprio al dato della presenza di un reimpiego idoneo a menomare l'altrui capacità concorrenziale. Ciò sembra comportare la necessità dell'introduzione, nella fattispecie di reimpiego di cui all'art.648ter, dell'elemento dell'idoneità rispetto alla lesione patrimoniale appena descritta, ovvero del relativo, concreto pericolo<sup>31</sup>. Di conseguenza, le condotte aventi ad oggetto denaro, beni o altre utilità di provenienza illecita, che, in quanto ne costituiscono in qualsiasi modo utilizzazione, realizzino nel contempo una sostituzione o un trasferimento o una condotta di ostacolo all'identificazione della provenienza delittuosa, ma, d'altra parte, non costituiscano una utilizzazione o un impiego idoneo a determinare la lesione patrimoniale cui si riferisce l'art.648ter, dovrebbero esulare da questa norma e rientrare nel campo di applicazione dell'art.648bis. Ciò non implica che nel caso delle condotte di riciclaggio rilevanti ex art.648bis non sia implicito il pericolo di una lesione patrimoniale consistente nella diminuzione dell'altrui capacità concorrenziale: ma que-

30) MOCCIA, *Impiego di capitali illeciti e riciclaggio: la risposta del sistema penale italiano*, cit., pp.20-21 del dattiloscritto.

31) Nella sostanza questa tesi, che costituisce una mera deduzione operata a partire dall'individuazione dell'oggetto di tutela dell'art.648ter nella lesione del patrimonio in termini di diminuzione della capacità concorrenziale (MOCCIA, *Impiego di capitali illeciti e riciclaggio: la risposta del sistema penale italiano*, cit., p.12ss. del dattiloscritto), appare confermata da chi sostiene l'opportunità di ritenere configurati il riciclaggio ed il reimpiego solo quando si tratti di importi di rilevante entità, cfr. PECORELLA, *op.cit.*, p.1247.

sta norma sembrerebbe incriminare comportamenti che, in sè considerati, costituiscono un pericolo astratto rispetto a quella lesione, mentre integrano una lesione dal punto di vista della perpetuazione di una situazione antiggiuridica<sup>32</sup>. Per quanto riguarda il reimpiego di capitali di provenienza illecita, una conseguenza non del tutto trascurabile dell'ordine di idee qui esposto sta nell'esclusione delle ipotesi bagattellari<sup>33</sup> in cui manca la necessaria attitudine lesiva, che invece sembrerebbero astrattamente poter rientrare nella prescrizione di cui all'art.648ter, dopo che la l. n°328/1993 ha ampliato enormemente il novero dei reati-presupposto rilevanti, richiedendo semplicemente che si tratti di delitti.

Lo stesso ragionamento sembrerebbe a prima vista applicabile, in una prospettiva *de lege ferenda*, anche al riciclaggio, potendosi ipotizzare, ad esempio, una modifica della fattispecie nel senso dell'inclusione dell'obiettiva utilizzabilità dell'oggetto della condotta ai fini di un reimpiego:<sup>34</sup> in questo modo il riciclaggio comprenderebbe soltanto quelle condotte che si collocano in una più ampia attività delle organizzazioni criminali che include il reimpiego, inteso nel senso appena chiarito. Ma questo significherebbe una limitazione eccessiva della fattispecie, dal momento che le condotte di sostituzione, trasferimento o ostacolo previste dall'art.648bis possiedono la stessa lesività, in quanto perpetuative di situazioni antiggiuridiche, anche quando non sono finalizzate ad un reimpiego rilevante *ex art.648ter*: si pensi, per es., a condotte realizzate dalla criminalità "politico-economica" come può essere la sostituzione di una grossa somma di denaro proveniente da una corruzione. Qui appare opportuno che la fattispecie di riciclaggio possa rivendicare una sua autonomia, in termini di oggetto di tutela, rispetto al reimpiego. Per evitare l'estensione eccessiva dell'ambito delle condotte punibili *ex art.648bis* -estensione che rispetto alla norma vigente consegue, come per l'art.648ter, all'ampliamento dei reati presupposto rilevanti ad opera della l. n°328/93 (in questo caso fino a ricomprendere ogni delitto non colposo)- potrebbe invece essere utile il

32) MOCCIA, *Tutela del patrimonio e principi costituzionali*, *op. loc.cit.*

33) Nel corso di questo Seminario si è spesso ricordato il caso del professionista che reinveste i corrispettivi delle prestazioni effettuate in favore di soggetti "a rischio".

34) La introduzione dell'"obiettiva utilizzabilità" o di simili elementi oggettivi appare preferibile rispetto a quella del corrispondente dolo specifico, in omaggio a prospettive di offensività: sulla opportunità di sostituire al dolo specifico una migliore descrizione della condotta, v. ad es. AZZALI, *op.cit.*, p.19ss. e *passim*.

riferimento ad una soglia di rilevanza dei reati-presupposto data dal limite cdittale. Questa supererebbe gli inconvenienti della previsione di singoli reati-presupposto,<sup>35</sup> e potrebbe apparire in sintonia con le prescrizioni comunitarie in tema di incriminazione del riciclaggio, proprio perchè nel caso di reati-presupposto bagattellari non può seriamente parlarsi di 'riciclaggio': non è quello il fenomeno che si vuole combattere.

Peraltro, in questa sede non è possibile approfondire adeguatamente questi aspetti; piuttosto, ci si deve accontentare di averli posti in evidenza, quali momenti di una definizione dei contorni delle fattispecie di riciclaggio e reimpiego, resa possibile dal confronto con la figura del "riciclaggio improprio" mediante usura.

A questo proposito, sembra ormai chiara la diversità tra l'ipotesi del reimpiego e quella del riciclaggio realizzato attraverso l'usura; esse, però, come già rilevato, appaiono anche avere un punto in comune nella ulteriore lesività rispetto al riciclaggio vero e proprio. Questa lesività appare in entrambi i casi tradursi in un contatto diretto con la vittima, nel senso della immediata percepibilità della condotta lesiva da parte di essa; percepibilità che invece, come si è già rilevato, manca nel caso delle altre forme di riciclaggio. Nel caso dell'usura, a ciò fa riscontro il fatto che la possibilità di perseguire questo reato sia in concreto legata alla denuncia da parte delle vittime<sup>36</sup>. Ora, nel caso del reimpiego, l'emersione di una prospettiva di tutela del patrimonio individuale sembra poter comportare an-

---

35) Oltre ai problemi unanimemente segnalati dalla dottrina circa la dimostrazione della consapevolezza della specifica provenienza delittuosa, ci sembra opportuno segnalare il pericolo di una selezione dei reati presupposto tale da privilegiare i reati tipici dei colletti bianchi, in modo tale che il riciclaggio dei profitti di quei reati verrebbe implicitamente qualificato come *Kavaliersdelikt* (su questa definizione, sui problemi che essa intende richiamare e sulla necessità di una tutela più incisiva contro la criminalità economica, v. MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, cit., pp.40-41, in particolare nota 61; cfr. anche C. FIORE, *Decodificazione e sistematica dei beni giuridici*, in AA.VV., *Beni e tecniche della tutela penale*, a cura del CRS, Milano 1987, p.82).

36) Ciò è confermato, da un lato, da ricerche empiriche condotte in Germania, ove vige una fattispecie di usura alquanto simile a quelle degli artt.644 e 644bis c.p., v. per tutti HOHENDORF, *Das Individualwucherstrafrecht nach dem ersten Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*, Berlin 1982, p.29; dall'altro, dal frequente ricondurre l'ineffettività della tutela alla scarsa propensione alla denuncia della vittima, v. per esempio, recentemente, ALBAMONTE, *L'usura impropria nella legge n.356 del 1992*, cit., p.144; NOCENTINI, *Riflessioni sul delitto d'usura*, in *Rivpen.* 1971, I, p.349.

che la possibilità di una concreta relazione tra effettività della repressione e denuncia della vittima. Come è stato autorevolmente rilevato, di fatto "l'inizio di un procedimento penale -di qualsiasi tipo- dipende in buona misura dalla propensione alla denuncia della vittima"<sup>37</sup>. Nel diritto penale economico, la frequente individuazione di interessi superindividuali "anonimi" sembra comportare l'anonimato della vittima e quindi la necessità di un apparato preventivo di controllo, con corrispondenti obblighi di denuncia o segnalazione da parte di garanti degli interessi protetti, che devono sostituire in un certo senso le vittime<sup>38</sup>. A ben vedere, il dato della diversa struttura del meccanismo strumentale all'avvio del procedimento penale è pienamente compatibile con la necessaria individuazione, nel diritto penale economico, di beni giuridici individuali che si celano dietro la pericolosa trasformazione di *rationes*, quali l'ordine economico e simili, in apparenti oggetti di tutela<sup>39</sup>. Si tratta, infatti, come è evidente nel caso del riciclaggio, di un problema di percepibilità dell'offesa da parte della vittima; in assenza di essa, viene predisposto un apparato di prevenzione e controllo, che punta sulla responsabilizzazione di garanti oppure, nel caso di un modello preventivo centralizzato, almeno su un sistema informativo organizzato (da qui la centralità della problematica della trasparenza). Anche nel caso del reimpiego, l'offesa dell'interesse patrimoniale individuale non è sempre agevolmente percepibile dalla vittima, in questo caso, non per quanto attiene alla lesività, chiaramente avvertita da essa -perché come nell'usura si tratta di un riciclaggio improprio, che, si potrebbe dire, "fa male"-, bensì perché non è agevolmente visibile dal soggetto passivo l'illiceità del pregiudizio alla sua capacità economica, che risiede nella provenienza illecita dei capitali impiegati. Anche a questo riguardo è perciò indispensabile la

37) VOLK, *Strafrecht und Wirtschaftskriminalität*, in *JZ* 1982, p.89.

38) VOLK, *op.loc.cit.*: l'Autore parla in proposito di "qualcosa di simile ad una *actio pro socio*". Sulla possibilità di individuare una posizione di garanzia degli intermediari del settore finanziario e creditizio e sui problemi connessi, cfr. MOCCIA, *Impiego di capitali illeciti e riciclaggio: la risposta del sistema penale italiano*, cit., p.22ss. del dattiloscritto.

39) Sul punto, v. MOCCIA, *Impiego di capitali illeciti e riciclaggio: la risposta del sistema penale italiano*, cit., p.12ss. del dattiloscritto; ID., *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: il diritto penale fra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in corso di pubblicazione, p.10ss. dello stampato, con ampi riferimenti bibliografici. Sulla necessaria afferrabilità dell'oggetto di tutela, e per una ricostruzione in termini di interessi individuali di beni superindividuali "vaghi", v. anche le considerazioni di MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dottrinarie e politico-criminali*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1983, pp.1220-1222.

predisposizione dell'apparato di controllo e prevenzione antiriciclaggio.

Allo stesso tempo, però, la individuazione di un interesse individuale lesa dal reimpiego di capitali di provenienza illecita e l'inserimento nella fattispecie del pericolo per tale interesse possono forse essere utili a far emergere il ruolo del soggetto passivo dal punto di vista politico-criminale e quindi anche dell'effettiva repressione del fenomeno. La chiara predisposizione della tutela a difesa di un interesse patrimoniale individuale appare suscettibile di contribuire comunque ad una aggregazione di consensi intorno ai valori fondamentali dell'ordinamento, che si ricollegli ad un'effettiva esigenza di tutela di beni giuridici<sup>40</sup>. Allo stesso tempo, l'individuazione chiara di un interesse patrimoniale e di un soggetto passivo può servire alla mobilitazione dello stesso e quindi ad un modello di tutela diverso e complementare rispetto a quello affidato alle segnalazioni degli operatori-garanti, che finora si è mostrato particolarmente inefficiente. Sia per l'usura che per il reimpiego, sembra presentarsi la necessità e la possibilità di un incremento della propensione alla denuncia. Questo richiede però, da un lato, la costruzione di strumenti normativi adeguati alla realtà dei fenomeni ed in grado di assicurare, nel rispetto dei principi costituzionali, una tutela pronta ed efficace, e, dall'altro, un migliore controllo del territorio<sup>41</sup>.

4. La visibilità e la lesività di alcune forme e fasi dell'attività di "riciclaggio" (in senso questa volta ampio ed atecnico), ovvero dell'usura e del reimpiego, possono costituire un punto debole per le organizzazioni criminali, in quanto "spie" della presenza di una tale attività. In particolare, per quanto riguarda l'usura, la lotta a questo reato, oltre ad essere di vitale

---

40) Sul concetto di prevenzione generale positiva qui adoperato, cfr. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli 1992, p.96ss.

41) Se interpretata in tal senso, appare condivisibile l'opinione di STORTONI, *op.cit.*, p.42, secondo cui "la criminalità va combattuta sul piano sociale e repressivo e, quindi, dalla compagine sociale e dalle forze di polizia". In alcune aree del Paese la fiducia nell'ordinamento si gioca innanzitutto sulla effettiva presenza delle istituzioni, anziché sulla creazione di norme simboliche. Quest'ultima è invece dannosa, perchè narcotizza l'allarme sociale attraverso operazioni di "immagine" prive di reale efficacia: cfr. MOCCIA, *Impiego di capitali illeciti e riciclaggio: la risposta del sistema penale italiano*, cit., p.1ss, del dattiloscritto; STORTONI, *Criminalità organizzata e legislazione di emergenza*, cit., p.50.

importanza in sè, come tutela da macrolesioni patrimoniali, può svolgere un ruolo non secondario nella lotta al riciclaggio, qualora, come già detto, si riesca ad incrementare la propensione alla denuncia delle vittime. Attraverso l'individuazione e la repressione delle condotte di usura, si possono infatti risalire i canali del riciclaggio, arrivando alla criminalità organizzata che si nasconde dietro l'usuraio, e si può impedire l'acquisizione di attività che possano poi servire da 'lavanderie' alla criminalità organizzata.

A tal fine è necessaria una ricostruzione della disciplina normativa dell'usura, che individui il fenomeno nella sua reale dimensione lesiva, e cioè, in primo luogo, evitando di creare una tutela troppo anticipata, con il solito corollario dell'ineffettività derivante dall'impossibilità di implementare il programma di tutela;<sup>42</sup> in secondo luogo, eliminando quegli elementi della fattispecie che risultino non contribuire significativamente a delinearne l'offesa o le modalità di aggressione realmente pericolose e che non corrispondano alla reale dinamica della condotta di usura.

Con l'art.11quinquies della l. n°356/92<sup>43</sup> si è cercato di intervenire per adeguare la disciplina dell'usura alla mutata realtà.

Il dato più importante di questo intervento legislativo è rappresentato senza dubbio dall'introduzione dell'art.644bis c.p., rubricato come "usura impropria". La novità di questa fattispecie sta nell'individuazione dei soggetti passivi in coloro che esercitano attività professionali o imprenditoriali e, più ancora, nell'estensione della situazione rilevante come presupposto, che consiste, in questa norma, nelle "condizioni di difficoltà economica e finanziaria". Quest'ultimo aspetto merita un apprezzamento positivo, perché si inserisce in una tendenza estensiva, già manifestatasi rispetto al requisito dello stato di bisogno previsto dalla fattispecie base,<sup>44</sup> che va condivisa in quanto meglio si ataglia al fenomeno reale, senza con ciò provocare una caduta in termini di attitudine offensiva della condotta.

42) Sulla relazione necessaria tra prospettive di efficienza e selezione delle condotte punibili, cfr. per tutti MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p.179.

43) Su cui v. per tutti MUCCIARELLI, *Commento all'art. 11 quinquies d.l. 8/6/1992 n.306 (Usura e usura impropria)*, cit., p.137ss.

44) Cfr. ad es. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale. I. 9ª ed.*, Milano 1986, p.320; G.V.DE FRANCESCO, *Art.644*, in CRESPI-STELLA-ZUCCALA', *Commentario breve al codice penale*, Padova 1992, 1514-1515; GROSSO, *Usura (dir.pen.)*, in *Enc.dir.*, XLV, Milano 1992, p.1143; Cass. 7 dicembre 1978, in *Riv.pen.* 1979, 560; Cass. 29 gennaio 1985, in *Cass.pen.* 1986, p.1282.

Allo stesso tempo, però, suscita qualche perplessità il fatto che l'estensione espressa del presupposto rilevante non riguardi anche l'art.644, che richiede ancora lo stato di bisogno del soggetto passivo, con il risultato di creare una potenziale disparità di tutela in ragione dell'attività esercitata dalla vittima; si tratta di uno strano modo di procedere del legislatore, che da una parte ha ampliato la tutela attraverso l'estensione del presupposto tipico, dall'altra ha ristretto il campo di applicazione di questo ampliamento a determinati soggetti. Il problema di ragionevolezza che ne consegue è il risvolto di una proliferazione non necessaria delle fattispecie destinate a reprimere l'usura, che sembra rispondere ad una logica di tipo simbolico, addirittura mirata a rassicurare una determinata categoria di soggetti passivi. La modifica del presupposto tipico avrebbe potuto e dovuto aver luogo all'interno dello stesso art.644 c.p. In realtà, poi, non è infondato il sospetto che anche con l'ampliamento del presupposto tipico effettuato dall'art.644bis i problemi non siano risolti, dal momento che il limite dello stato di bisogno e quello delle condizioni di difficoltà economica e finanziaria si prestano ugualmente ad essere utilizzati ancora dalla giurisprudenza per escludere l'applicabilità delle rispettive fattispecie nei casi di condotta imprudente o immorale<sup>45</sup> del soggetto passivo. Ma su ciò torneremo fra breve.

Un altro aspetto che merita di essere evidenziato nell'ambito delle modifiche introdotte dall'art.11quinquies della l. n°356/92 è l'inserimento di un'aggravante per il caso in cui l'usura sia commessa "nell'esercizio di un'attività professionale o di intermediazione finanziaria"; questa innovazione risulta condivisibile, in quanto si tiene nel giusto conto la particolare pericolosità insita in condotte riconducibili allo schema dell'abuso di un rapporto fiduciario, tutelando, quindi, il soggetto passivo da una diminuzione patrimoniale resa più insidiosa, e di facile realizzazione per l'agente, dal particolare affidamento giustificato dall'assunzione, da parte di quest'ultimo, di una posizione e di un'attività soggetta a controlli di professionalità e onorabilità<sup>46</sup>.

---

45) In questo senso, emblematica la sent. Cass.20 novembre 1990, con nota critica di GAROFANO, *Sullo "stato di bisogno" nel delitto di usura*, in *Cass.pen.* 1993, p.2280ss., nella cui motivazione si legge: "Affinchè possa dirsi realizzata l'ipotesi di usura occorre che lo 'stato di bisogno'....possa essere ricollegato a necessità socialmente apprezzabili ed in ogni caso non a comportamenti futuri illeciti e/o contro il buon costume e la morale in genere".

46) Sulle norme poste a tutela della trasparenza dell'intermediazione finanziaria, v. da ultimo AZZALI, *L'intermediazione finanziaria. Aspetti generali*, in *Riv.it.* 1993, p.32ss.

Inoltre, un altro aspetto degno di nota è dato dall'inasprimento del regime sanzionatorio previsto dall'art.644, attuato in modo da radicare la competenza, nella fase delle indagini, dello stesso ufficio che procede per i reati collegati con l'attività delle associazioni criminali. Anche a questo proposito, peraltro, ad un intento apprezzabile fa riscontro una carenza di ragionevolezza: anche rispetto all'usura impropria si presenta l'esigenza di coordinamento delle indagini, anzi, abbiamo in precedenza rilevato come proprio l'usura "impropria" (secondo la terminologia usata dal legislatore; in precedenza si definiva usura impropria la mediazione usuraria), ovvero l'usura imprenditoriale, sia in particolar modo connessa al fenomeno del riciclaggio. Sarebbe stato perciò opportuno prevedere anche rispetto all'usura impropria lo stesso regime sanzionatorio introdotto per l'usura propria, mentre l'art.644**bis** fissa un limite massimo inferiore<sup>47</sup>.

5. A queste incongruenze sembra rimediare l'art.1 del disegno di legge approvato dalla Camera dei Deputati l'11 ottobre scorso, ed attualmente all'esame del Senato, dal momento che abroga l'art.644**bis** e nel contempo riscrive parzialmente l'art.644, prevedendo quale presupposto generale la presenza di "condizioni di difficoltà economica o finanziaria di una persona". Il nuovo testo dell'art.644 c.p. presenta ulteriori aspetti positivi. Tali sono, ad esempio, l'inclusione, da tempo reclamata da parte della dottrina, dell'usura cosiddetta reale tra le condotte punibili; la precisazione, utile in una prospettiva di legalità, che per la determinazione del tasso usurario si deve far riferimento al tasso globale; la conferma dell'aggravante per il caso in cui l'autore abbia agito nell'esercizio di un'attività professionale, bancaria o di intermediazione finanziaria; l'introduzione di un'ag-

---

47) L'argomento, che sembra andare in una direzione opposta, secondo cui questo trattamento sanzionatorio differenziato dimostra la diversità della situazione-presupposto (MUCCIARELLI, *op.cit.*, p.140) sembra essere frutto di una legittima ed utile impostazione in termini di esegesi della norma, che, quindi, non coinvolge il problema della ragionevolezza della soluzione legislativa. D'altro canto, appare condivisibile, anche a prescindere da quell'argomento, la tesi secondo cui il legislatore ha voluto distinguere le due situazioni presupposte. Ma a questo punto si pongono due problemi: primo, se egli ci sia riuscito effettivamente; e di questo appare legittimo dubitare. Secondo, se la distinzione debba ritenersi, in sede critica, fondata su apprezzabili ragioni politico-criminali. Su questo punto, si vedano i rilievi esposti di qui a breve nel testo.

gravante che si applica quando gli interessi o profitti usurari sono di valore superiore a otto volte il tasso di sconto della Banca d'Italia, e di un'ulteriore aggravante, costituita dalla richiesta in garanzia, da parte del soggetto attivo, di partecipazioni o quote societarie o aziendali o proprietà immobiliari. Quest'ultima aggravante appare adeguata al fenomeno reale nelle sue dimensioni più preoccupanti già evidenziate, anche se va rilevata l'esigenza che i fattori della pericolosità dell'usura vadano considerati, al di là di suggestioni casistiche, non all'esterno, ma all'interno della stessa fattispecie base, in una prospettiva di selezione del penalmente rilevante. Lo stesso vale per altre due aggravanti introdotte dal nuovo art.644, cioè quella che si configura quando l'agente approfitta dello stato di bisogno di una persona e quella relativa alla commissione in danno di particolari soggetti passivi, ovvero di chi svolge un'attività "imprenditoriale, artigianale, professionale o simile". Di fronte a questa proliferazione di circostanze aggravanti, viene quasi da chiedersi quando e nei confronti di chi si applichi la fattispecie-base.

In effetti, sembrano mancare, in questa disciplina, una selezione delle condotte penalmente rilevanti orientata verso prospettive di *extrema ratio* e di effettiva offensività ed una definizione di strumenti alternativi di tutela, in particolare civilistici; sul punto, l'art.3 del disegno di legge si limita soltanto ad abrogare l'art.1815 c.c. Invece, sarebbe stato opportuno affidare al diritto penale le sole ipotesi dotate di maggiore attitudine offensiva, in una prospettiva di efficienza; in ossequio a quest'ultima, è necessario rispondere in maniera calibrata, ovvero non sproporzionata per eccesso, al fenomeno usura quale strategia d'investimento della criminalità organizzata, che si traduce puntualmente in macrolesioni patrimoniali pregiudizievoli della situazione complessiva del soggetto passivo e non nella semplice diminuzione patrimoniale isolatamente considerata rispetto ad una persona che si trova in difficoltà magari meramente contingenti<sup>48</sup>. D'altra parte, residuano perplessità proprio sul piano della situazione-presupposto penalmente rilevante. Da questo punto di vista, va posto nel giusto rilievo il

---

48) Infatti, che le prescrizioni attuali in tema di usura si prestino a fornire tutela penale anche in casi del genere, è confermato dall'opinione concorde che considera rilevante il bisogno meramente contingente, cfr. ad es. ANTOLISEI, *op.cit.*, p.319; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale, Vol.II tomo secondo, Delitti contro il patrimonio*, Bologna 1992, p.175; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro il patrimonio*, Padova 1989, pp.192-193.

fatto che l'usura può essere gravemente lesiva anche quando la situazione di partenza del soggetto passivo non è di difficoltà economica o finanziaria; del resto, le esigenze politico-criminali di prevenzione speciale e generale positiva<sup>49</sup> si presentano collegate alla realizzazione di un'offesa patrimoniale significativa, dovuta ad un'aggressione connotata da pericolosità, e a prescindere dalla situazione iniziale del soggetto passivo. Sul piano dell'efficienza, legare la tutela penale al presupposto delle difficoltà economiche o finanziarie significa appesantire la fattispecie senza alcuna contropartita rilevante per ciò che riguarda il rispetto dei principi costituzionali (anzi, con discriminazioni nella tutela dei soggetti passivi, discutibili sul piano dell'uguaglianza), con le ben note conseguenze sul piano dell'accertamento del dolo. Allora, piuttosto, la situazione economica del soggetto passivo sembra dover rilevare solo in quanto contribuisce, insieme all'elevatezza dell'interesse, a definire l'effettiva pericolosità della condotta di usura, e non al fine di escludere la tutela penale di chi, con una condotta imprudente, si espone alla riduzione in miseria. Oltretutto, con simili atteggiamenti eticizzanti nei confronti delle vittime non si incrementa certo la propensione alla denuncia.

Non è possibile esporre qui in dettaglio tutti gli aspetti del disegno di legge in corso di approvazione, che attengono, fra l'altro, anche al piano delle misure di prevenzione e degli strumenti d'indagine; ma un'ultima osservazione sembra doversi dedicare alla dibattuta questione dei fondi di solidarietà per le vittime, lasciata praticamente aperta. Al riguardo, si ha l'impressione che il vero problema sia quello di un'autentica prevenzione, e cioè quello dell'accesso al credito prima e non dopo essere diventati vittime dell'usura: si tratta quindi di potenziare, come ritenuto dall'ABI e dalle associazioni di categoria, i consorzi di garanzia fidi o analoghi strumenti di garanzia a favore delle piccole e medie imprese, semplificando le procedure anche per i soggetti individuali<sup>50</sup>. La sola istituzione di fondi di solidarie-

---

49) Per questi concetti, e più in generale sul rapporto fra funzione della pena e dogmatica, v. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore, cit.*, p.96ss. e *passim*; cfr. inoltre ID., *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Padova 1988, p.29ss.

50) Questa strada è stata indicata anche dalla VI Commissione permanente (Finanze) nel parere sul disegno di legge n°1242, recante "Disposizioni in materia di usura" (testo approvato dalla camera dei deputati), v. *Camera dei Deputati. Atti parlamentari. XII Legislatura. Relazione della II commissione permanente (Giustizia), Presentata alla Presidenza il 4 ottobre 1994, sul Disegno di legge n. 1242*, p.9.

tà, erogati a chi è già vittima, potrebbe invece avere effetti addirittura negativi, perchè potrebbe apparire come una sorta di copertura preventiva del rischio insito nel ricorso all'usuraio.

Queste ultime considerazioni non fanno che richiamare alla mente la drammaticità delle dimensioni attuali dell'usura e dell'inefficacia della tutela. Ciò indubbiamente suscita qualche interrogativo sulla possibilità di combattere il riciclaggio attraverso la lotta all'usura. Piuttosto, al contrario, c'è nella recrudescenza dell'usura un'ulteriore dimostrazione dell'importanza della lotta al riciclaggio, anche per rendere meno pervasivo lo stesso fenomeno usura.

Ma prima ancora, dal momento che la lotta al riciclaggio non sembra dare risultati soddisfacenti, e secondo autorevole dottrina non può e non vuole darne,<sup>51</sup> e che l'ingente massa di capitali che si vuole invano controllare alla foce si forma soprattutto attraverso la fonte di reddito data dal traffico degli stupefacenti, sembra porsi il problema di impedire all'origine la formazione dei capitali, sottraendo alla criminalità organizzata il mercato attraverso una controllata liberalizzazione in materia di stupefacenti su scala internazionale.

---

51) BOTTKÉ, *L'esperienza tedesca in tema di lotta al riciclaggio*, in *Questo volume*, passim.

ELIO LO MONTE

OSSERVAZIONI SU FALSE FATTURAZIONI E RICICLAGGIO.



*Sommario: 1. PREMESSA. 2. IL QUADRO NORMATIVO DI RIFERIMENTO (CENNI). 3. RICICLAGGIO E FALSE FATTURAZIONI. 4. L'INDIVIDUAZIONE DELLA DISPOSIZIONE INCRIMINATRICE. 5. LUCI ED OMBRE DELL'ATTUALE DISCIPLINA. 6. IL PROBLEMA DELLA RATIO DI TUTELA.*

## **I. Premessa.**

L'attuale quadro normativo finalizzato a prevenire ed a reprimere la riconversione dei proventi di attività criminose in capitali spendibili per operazioni economiche o finanziarie lecite, ruota, essenzialmente, intorno agli artt. 648 (riciclaggio), 648bis (riciclaggio) e 648ter (impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita).

Non sono estranee, in una tale ottica, le disposizioni di cui agli artt. 379 (favoreggiamento reale) e 712 c.p. (acquisto di cose di sospetta provenienza).

Al perseguimento della stessa finalità è orientata, inoltre, tutta una serie di obblighi, variamente distribuiti nella legislazione speciale (si pensi a quella relativa alle banche ed agli intermediari finanziari), tesa a smascherare i movimenti sospetti di cospicue somme di denaro.

L'apparato repressivo, nell'odierna formulazione, è il risultato di un graduale -anche se non sempre lineare- percorso legislativo con il quale si è cercato di far fronte alle esigenze sollevate da una criminalità, quasi sempre di tipo organizzato, molto attenta ad escogitare nuove forme di riciclaggio dei proventi illeciti.

Tant'è che la locuzione terminologica "riciclaggio di denaro sporco"<sup>1</sup> originariamente adoperata per designare l'attività di ripulitura dei capitali derivanti per lo più da sequestro di persone -ove il prezzo del riscatto

---

1) Il termine riciclaggio deriva da quello anglosassone *recycling* con il quale s'indica l'immissione di denaro di provenienza illecita nel normale ciclo economico; viceversa la sostituzione dei capitali illeciti con denaro "pulito" consiste nel *money laundering* letteralmente "lavaggio di denaro"; in tal senso cfr. BERSANI, *Il reato di riciclaggio tra nuovi provvedimenti legislativi e criminalità economica*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.* 1993, 1-2, p.66.

è, nella generalità dei casi, rappresentato da banconote opportunamente 'scagnate' dagli organi inquirenti ai fini di una successiva individuazione-racchiude solamente alcuni aspetti, e neppure i più rilevanti, di trasformazione dei proventi illeciti in somme spendibili<sup>2</sup>.

In altri termini l'attività di occultamento, prima, di trasformazione, poi, e di impiego, infine, del ricavato dei delitti si è considerevolmente evoluta verso forme ben più sofisticate, finalisticamente orientate ad immettere i profitti criminosi nei circuiti economici legali.

Il concetto di riciclaggio, così come è stato per lo più inteso, risulta per molti aspetti poco adeguato a comprendere le nuove manifestazioni di reimpiego di capitali. Non più, o, non solo, la "ripulitura" delle banconote, ma qualunque operazione rivolta ad allontanare le ingenti somme dall'autore del reato, per farle, poi, rientrare, per lo più incrementate, nel patrimonio di questi. Si tratta, quindi, più verosimilmente, di veri e propri meccanismi di investimento che si caratterizzano per una duplice peculiarità: da un lato, impedire il riconoscimento dei capitali facendo perdere le tracce della natura illecita; dall'altro, far ritornare le somme nel patrimonio dell'autore del reato, di norma, aumentate del lucro imprenditoriale.

## 2. Il quadro normativo di riferimento (cenni).

Al fine di predisporre una più incisiva risposta alle nuove forme di investimento il legislatore, com'è noto, è intervenuto, negli ultimi anni, in modo massiccio e continuativo con norme codicistiche e di legislazione speciale.

In un primo tempo è stata sostituita la disposizione del codice pena-

---

2) Nel suo recente e complesso atteggiarsi del fenomeno, il concetto di riciclaggio del denaro sporco rappresenta una formula di sintesi piuttosto riduttiva; in proposito cfr. MAGISTRO, *Riciclaggio dei capitali illeciti. Rilevanza del fenomeno e strategie di contrasto in materia fiscale*, Milano 1991, p.3. Per un'analisi di più ampio respiro sulle proiezioni della criminalità organizzata verso il mondo economico attraverso il ricorso al riciclaggio, cfr. ARLACCHI, *La Mafia imprenditrice*, Bologna, 1983; PATERNITI, *Criminalità d'impresa ed ipotesi di contiguità*, in *Riv.trim.dir.pen.ec.* 1991, p.953ss.; DI AMATO, *L'impresa illecita*, in AA. VV. *Trattato di diritto penale dell'impresa*, diretto dallo stesso Autore, Padova, 1990, p.303ss.; VIOLANTE, *Non è la piovra. Dodici tesi sulle mafie italiane*, Torino 1994, p.5ss.

le in tema di ricettazione (attraverso l'art.15 l. n°152/75); in seguito è stato aggiunto l'art.648bis (art.3 d.l. n°59/78 convertito nella l. n°191/78)<sup>3</sup> e poi sostituito (art.23 l. n°55/90); infine, è stato introdotto nel sistema l'art.648ter c.p. (art.24 l. n°55/90).

La materia è stata, ulteriormente, modificata dalla l. n°328/93 di ratifica della convenzione sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato stipulata a Strasburgo l'8 novembre 1990. L'art.3, infatti, ha comportato la sostituzione dell'ultimo comma dell'art.648 disponendo che le norme in tema di ricettazione si applicano anche quando l'autore del delitto da cui il denaro o le cose provengono non è imputabile o non punibile, ovvero quando manchi una condizione di procedibilità riferita al delitto per il quale si procede. Gli artt.4 e 5 hanno sostituito gli artt.648bis e 648ter. Nella nuova versione è stato ommesso il richiamo ai reati presupposto - rapina aggravata, estorsione aggravata, sequestro di persona a scopo di estorsione, ed in tema di produzione e traffico di sostanze stupefacenti - facendo riferimento ad ogni "delitto non colposo" (art.648bis) ed alla semplice provenienza "da delitto" (art.648ter).

Alle disposizioni codicistiche nella più recente versione è possibile assegnare un doppio livello di intervento; il primo, di tipo repressivo, in quanto si cerca di colpire il pregiudizio arrecato dall'occultamento, dalla messa in circolazione, e dall'impiego dei capitali illeciti; il secondo, di natura preventiva - benchè successivo alla commissione del reato presupposto - cercando di bloccare l'utilizzazione dei proventi stessi che normalmente avviene mediante il trasferimento a soggetti diversi dall'autore del prodotto del reato<sup>4</sup>.

Sotto quest'ultimo aspetto va posto nel giusto risalto il fatto che il legislatore attraverso la l. n°197/91, cosiddetta legge antiriciclaggio, (di conversione del d.l. n°143/91 che reiterava i dd.ll. n°2/91 e n°72/91 non convertiti nei termini prescritti) recante provvedimenti urgenti per limitare l'uso del contante e dei titoli al portatore nelle transazioni e prevenire l'utilizzazione del sistema bancario a scopo di riciclaggio, ha introdotto nell'ordinamento una serie di vincoli rivolti, appunto, a limitare il trasferimento di

3) Per un inquadramento dell'istituto dopo la riforma di cui alla l. n°191/78 cfr. DALIA, *L'attentato agli impianti e il delitto di riciclaggio*, Milano 1982, 2ª ed, p.59ss.

4) In tal senso cfr. AZZALI, *Diritto penale dell'offesa e riciclaggio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1993, p.432.

denaro, dei titoli di credito al portatore e, più in generale, dei mezzi di pagamento per contanti.

La legge n°197/91 ha previsto per determinati soggetti -banche, uffici della pubblica amministrazione, società di intermediazione, agenti di cambio, *etc.*- l'obbligo di identificazione dei clienti e degli estremi dell'operazione<sup>5</sup>. In particolare l'art.3 dispone l'onere per gli operatori bancari, finanziari, *etc.* di segnalare senza ritardo al titolare dell'attività o al legale rappresentante o ad un suo delegato ogni operazione che, per caratteristiche, entità, natura, o per qualunque altra circostanza, a ragione delle funzioni svolte faccia ritenere che il denaro, i beni o le utilità oggetto delle operazioni finanziarie provengano da taluno dei reati indicati nell'art.648*bis* c.p. Il soggetto, in questa attività di segnalazione, deve tener conto, anche, della capacità economica e dell'attività svolta da colui che pone in essere l'operazione<sup>6</sup>.

Si cerca, in tal modo, di ricostruire i vari passaggi del denaro per una efficace azione preventiva contro il riciclaggio, chiamando in causa

5) Sul punto cfr. AMBROSETTI, *Profili penalistici della libera circolazione di capitali*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.* 1993, 1-2, p.278. Più in generale su questa normativa cfr. FLICK, *Riciclaggio*, (voce), in *Enc.giur.Treccani*, Roma 1991, vol. XXVII, p.1ss.; MEYER, *Prime riflessioni in merito ai profili penali della recente "legge antiriciclaggio"* (15 luglio 1991, n. 197), in *Crit. dir.* 1991, 5, p.4ss.; BARBIERA-CONTENTO, *Lotta al riciclaggio del denaro sporco. Nuova disciplina dei pagamenti, dei titoli di credito e delle attività finanziarie*, Milano 1991; MASI, *Prime note sulla legge antiriciclaggio*, in *Banca, borsa e tit. cred.* 1992, p.139ss.

6) Sul tema cfr. CRESPI, *Aziende di credito e repressione del riciclaggio dei proventi: (Appunti intorno ai recenti disegni di legge)* in *Riv. soc.*, 1990, p.1405ss.; il quale solleva, - seppur in riferimento ai pregressi disegni di legge presentati alla Camera dei deputati il 20 novembre 1989 ed il 4 aprile 1990 che rappresentano gli antecedenti storici del nuovo provvedimento- delle censure di ordine critico in relazione ai requisiti di tassatività e determinatezza della fattispecie. Nello stesso senso cfr. CASTAGNOLI-PERINA, *Le misure di prevenzione e la normativa antimafia*, Roma 1992, p.125ss. L'art.4, ad esempio, del primo disegno di legge, prevede, infatti, che il dipendente dell'istituto di credito, identifichi attraverso indicazione scritta le generalità complete; il soggetto per conto del quale viene eseguita l'operazione; l'importo dell'operazione finanziaria; i mezzi di pagamento di qualsiasi tipo o dei titoli di credito per qualunque cifra. Secondo CRESPI, *op. ult. cit.*, p.1404, è questa una previsione "che non si sa se più assurda ovvero assolutamente inutile, stante l'ovvia impossibilità di una sua effettiva applicazione".

direttamente enti creditizi e finanziari<sup>7</sup>. In relazione a questi ultimi è prevista, infine, la costituzione di un registro degli intermediari.

Infine, sempre per ciò che concerne la normativa antiriciclaggio va segnalata la l. n°356/92<sup>8</sup> (di conversione del d.l. n°306/92) che recuperando la precedente impostazione di cui alla l. n°646/82, cosiddetta Rognoni-La Torre, in tema di confisca e sequestro di beni a danno della criminalità organizzata, cerca di colpire i proventi derivanti dalle attività illecite.

Anche quest'ultimo punto è stato oggetto delle attenzioni del legislatore che con la l. n°369/93 in tema di possesso ingiustificato di valori e di delitti contro la pubblica amministrazione ha modificato il secondo comma dell'art.12quinquies di cui alla precedente l. n°356/92.

L'art.12quinquies prevedeva la confisca dei beni per quei soggetti sottoposti a procedimento penale per reati di particolare gravità (associazione a delinquere di stampo mafioso, traffico e spaccio di sostanze stupefacenti, estorsioni, usura, etc.) oppure sottoposti all'applicazione di una misura di prevenzione personale, i quali non riuscivano a giustificare la legittima provenienza del proprio patrimonio, o, lo stesso, risultava sproporzionato in rapporto al reddito o all'attività esercitata. Le disposizioni di cui alla norma appena richiamata disciplinavano, così, uno strumento repressivo assai incisivo, il quale, però, com'è stato sostenuto, al fine di superare questioni di ordine probatorio, sulla base del semplice sospetto, ponevano in essere tutta una serie di violazioni dei principi costituzionali<sup>9</sup>.

Si assisteva, in particolare, ad un'inversione dell'onere della prova<sup>10</sup>

---

7) Sul punto cfr. FLICK, *Le risposte nazionali al riciclaggio. La situazione in Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1992, p.1293ss.; ID., *La repressione del riciclaggio ed il controllo delle intermediazioni finanziarie. Problemi attuali e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1990, p.1255ss. Più in generale sull'attività di intermediazione finanziaria cfr. AZZALI, *L'intermediazione finanziaria. Aspetti generali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1993, p.30ss.

8) Per un inquadramento della disciplina nel settore, prima delle modifiche di cui alla legge n°369 del 1993 cfr. PALLADINO, *Brevi osservazioni sul delitto di possesso ingiustificato di valori (art.12quinquies, comma 2, l. 7 agosto 1992 n°355)*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.* 1993, p. 343ss.

9) In tal senso cfr. MOCCIA, *Impiego di capitali illeciti e riciclaggio: la risposta del sistema penale italiano*, in corso di stampa, pag. 8 del dattiloscritto.

10) Sul punto, nell'immediatezza dell'entrata in vigore del d.l. n°306/92 sono state sollevate precise obiezioni, cfr. CALDERAZZO, *Rilevanza penale della ricchezza sproporzionata e non giustificabile*, in *Giust. pen.* 1992, II, c. 646; TURONE, *Le tecniche di contrasto al riciclaggio*, in *Cass. pen.* 1993, p.2952ss. che ne prefigurava la futura declaratoria di illegittimità costituzionale.

e la misura patrimoniale veniva inflitta in aperta violazione delle opzioni fondamentali in tema di presunzione di innocenza e di diritto di difesa del cittadino. Tutto ciò non poteva lasciare insensibile la Corte Costituzionale che con la sentenza n. 43/94<sup>11</sup> ne sanciva l'illegittimità in relazione agli artt. 27 co.2 e 24 co.2.

In seguito alla pronuncia dei giudici costituzionali veniva emanato il d.l. n°123/94, poi reiterato dal d.l. n°246/94, convertito nella l. n°501/94, che introduceva nel sistema di contrasto al riciclaggio l'art.12*sexies*. Di modo che la confisca cade, ora su quei valori (beni, denaro, altre utilità) di cui il condannato non riesca a spiegarne la provenienza o che appaiono sproporzionati in riferimento al reddito dallo stesso dichiarato.

Il legislatore, in precedenza, al fine di tenere sotto controllo - mediante registrazione e pubblicità - l'impiego di capitali, era intervenuto nella materia con la l. n°310/93 dettando norme sulla trasparenza nella cessione di partecipazioni di quote sociali di società di capitali, sul trasferimento di esercizi commerciali e di proprietà dei suoli.

### 3. Riciclaggio e false fatturazioni.

Com'è noto, il meccanismo fraudolento teso a riconvertire il denaro avviene, solitamente, attraverso tre momenti: a) una prima fase costituita dall'accumulazione e dall'occultamento di capitali, normalmente, per fatti contro il patrimonio; b) una seconda fase rappresentata dalla trasformazione dei capitali illeciti, immettendo gli stessi nei canali finanziari nazionali ed internazionali; c) ed, infine, una terza fase relativa al reimpiego o utilizzazione delle somme ripulite in attività imprenditoriali lecite<sup>12</sup>.

Tra i molteplici modi di reinserimento dei proventi illeciti nei circuiti economici non va sottovalutato quello attuato mediante l'emissione di fatture false. In particolare, immettendo ingenti somme di denaro nella con-

11) Cfr. Corte Cost. 9-17 febbraio 1994, n°48, in *Il Fisco* 1994, 10, p.2438ss., con nota di UCCELLA, *La "rivolta" dei giudici (costituzionali e ordinari) contro una legislazione disinvolta anche nei confronti dei principi invalicabili dell'ordinamento*, in *Riv. pol.* 1994, p.488ss., il quale, tra l'altro, sottolinea le profonde perplessità in sede di iter parlamentare che accompagnarono l'emanazione del provvedimento normativo poi colpito dall'intervento della Corte (p.490ss.).

12) In proposito cfr. BERSANI, *Il reato di riciclaggio*, cit., p.67.

tabilità aziendale ed integrando, così, la fattispecie delittuosa delineata nell'art.4 lett. d) l. n°516/82 come modificata dalla l. n°154/91<sup>13</sup>.

L'art.4 lett. d) nell'attuale versione punisce chiunque -al fine di evadere le imposte sui redditi o sull'I.V.A. o di conseguire un indebito rimborso per sè o terzi- emette o utilizza fatture o altri documenti per operazioni in tutto o in parte inesistenti o recanti l'indicazione dei corrispettivi o dell'imposta sul valore aggiunto in misura superiore a quella reale; ovvero emette o utilizza fatture o altri documenti recanti l'indicazione di nomi diversi da quelli veri in modo che ne risulti impedita l'identificazione dei soggetti cui si riferiscono.

Il precedente della disposizione in esame è rappresentato dall'art.50 co.4 D.P.R. 633/72<sup>14</sup> ma se ne differenzia per l'oggetto materiale, per la portata della falsità, per la condotta del destinatario, sia infine per il riferimento alle ipotesi di fatture con nomi diversi da quelli veri che prima mancava<sup>15</sup>.

Il legislatore richiama, accanto alle fatture, "altri documenti" quali possibili oggetti materiali del falso. Tale menzione viene interpretata dalla dottrina<sup>16</sup> sull'esigenza di includere tutti quei documenti funzionalmente

---

13) In argomento cfr. GROSSO, *Frode fiscale e riciclaggio: nodi centrali di politica criminale nella prospettiva comunitaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1992, p.1278ss.

14) L'art.50 al co. 4 sanziona la condotta di chi emette fatture per operazioni inesistenti o indica nelle fatture i corrispettivi e le rispettive imposte in misura superiore a quella reale. La stessa pena (reclusione fino a tre anni e multa da lire centomila a un milione) si applica a chi annota nel registro di cui all'art.25 (registro degli acquisti) fatture inesistenti o recanti le indicazioni dei corrispettivi o delle imposte in misura superiore a quella reale.

15) La giurisprudenza aveva, peraltro, ricompreso nel concetto di inesistenza dell'operazione di cui all'art.50 co.4 D.P.R. n°633/72 l'indicazione di nomi diversi da quelli veri; sul punto cfr. Cass. 17 giugno 1982, in *Cass. pen.*, 1984, p.173, m. 153; Cass. 24 ottobre 1986, in *Il Fisco*, 1987, p.6242. E' stato, altresì, affermato che con l'inciso "fatture per operazioni inesistenti" secondo il co.4 art.50, il legislatore ha inteso punire ogni tipo di divergenza fra la realtà commerciale e l'espressione documentale di essa - pertanto anche la divergenza tra il soggetto che ha effettuato la prestazione e quello che ha emesso la relativa fattura - e non soltanto la mancanza assoluta dell'operazione fatturata (cfr. Cass. 17 giugno 1982, cit., p.173).

16) Cfr. PADOVANI, *Problemi generali e analisi delle fattispecie previste dalle lett. A) B) C) D) E) dell'art. 4, legge n°516/82*, in AA.VV. *Responsabilità e processo penale nei reati tributari. Legge 7 agosto 1982 n°516 modificata dalla legge 15 maggio 1991 n°154*, a cura di C.F. Grosso. Milano 1992, 2ª ed. p.241.

affini alla fattura<sup>17</sup> ed idonei, pertanto, ad attestare determinati rapporti commerciali.

Rientrano, così, nel disposto dell'art.4 lett. d) la ricevuta fiscale; lo scontrino fiscale; le annotazioni sulle cd. schede carburante; le note di credito e di addebito; le bolle di accompagnamento<sup>18</sup>.

Per quanto concerne la natura del reato si discute in dottrina ed in giurisprudenza se l'ipotesi di cui alla lett. d) sia un reato necessariamente a condotta plurima e cioè abituale, oppure un reato a consumazione istantanea<sup>19</sup>.

Una parte della dottrina ritiene<sup>20</sup> che il delitto di falsa fatturazione consiste in un reato eventualmente abituale. A queste conclusioni si perviene analizzando il fatto che la falsa fatturazione è un reato di pericolo se riferita all'evasione e che la moltiplicazione delle fatture false, emesse o utilizzate da uno stesso contribuente, accresce solo l'entità dell'oggetto di tale pericolo non anche la sua consistenza offensiva, -sul piano della probabilità del danno può essere, anzi, più insidiosa una singola fattura di rilevante importo, rispetto ad una miriade di fatture modeste che, disseminando irregolarità, possono renderne più agevole il riscontro<sup>21</sup>.

L'uso del plurale generico nel testo normativo, del resto, se non esclude la rilevanza tipica della singola fattura, non preclude, anzi consen-

17) La fattura viene, normalmente intesa come una dichiarazione di scienza che attesta la cessione di un bene o la prestazione di un servizio; sul punto cfr. PANNUCCIO, *Fattura (voce)*, in *Enc.dir.*, 1967, XVI, p.1019ss.

18) In dottrina, concordemente, cfr. NENCINI, Art.4, comma 1, N.5. in CARACCIOLI-GIARDA-LANZI, *Diritto e procedura penale tributaria. Commentario alla legge 7 agosto 1982 n°516*, Padova 1989 p.261; TRAVERSI, *I reati tributari in materia di imposte dirette e I.V.A.*, Milano 1986, pp.477-478; D'AVIRRO-NANNUCCI, *I reati nella legislazione tributaria*, Padova 1984, p.376; SERAO-PICCIOLI, *La disciplina della frode fiscale*, Padova 1990, p.168ss. Secondo PADOVANI, *Problemi generali*, cit., p.241, alla fattura devono essere equiparati i documenti denominati come "nota, conto, parcella e simili" i quali assolvono alla stessa funzione della prima. Al novero delle fatture devono essere ricondotte anche le "bollette" con cui i contribuenti minori fanno fronte agli obblighi di fatturazione (cfr. MONETTI, *Fatture false o per operazioni inesistenti (art.4, n°5 legge 7 agosto 1982, n°516)* in *Il Fisco*, 1984, p.2703.

19) Rilevano DELL'ANNO-TITO, *I reati tributari in materia di imposte dirette e I.V.A.*, Milano 1992, p.554ss., che la questione è la stessa sorta precedentemente con l'interpretazione dell'art.50 D.P.R. n°633/72 e che ora si ripropone con la nuova norma.

20) Cfr. GIORDANENGO, *Reati in tema di falsa fatturazione*, in *Il Fisco*, 1984, p.2905; SERAO-PICCIOLI, *La disciplina della frode fiscale*, cit., p.165; PADOVANI, *Problemi generali*, cit., pp.258-259.

21) In giurisprudenza per una qualificazione del delitto *de quo* come reato eventualmente abituale, cfr. Trib. Pescara 17 gennaio 1986, in *Il Fisco*, 1986, p.2414; nel senso del testo v. Trib. Viterbo 28 maggio 1987, in *Il Fisco*, 1987, p.6640ss.

te, la ricomprensione unitaria della molteplicità di condotte realizzate da un solo contribuente<sup>22</sup>.

Altra parte della dottrina sostiene la natura istantanea<sup>23</sup> del reato in questione; poichè con il termine "emissione"<sup>24</sup>, utilizzato in senso tecnico dal legislatore, s'impone l'obbligo di fatturazione e di emissione della fattura in occasione di ogni singola operazione<sup>25</sup>.

La disposizione in esame prevede tre tipi di condotte generalmente rilevanti riconducibili ad unità dal fatto che tutte ineriscono all'emissione o utilizzazione di fatture o documenti ideologicamente falsi, e cioè: a) per operazioni (ad es. cessioni di beni o prestazioni di servizi) in tutto o in parte inesistenti (art.4 lett. d) prima parte); b) per fatture recanti l'indicazione dei

22) In tal senso cfr. PADOVANI, *Problemi generali*, cit., p.259; DE VERO, *Le fattispecie di frode fiscale previste dalle lett. A-E dell'art. 4 l. 7 agosto 1982, n°516 (come modificate dalla l. 154/1991)*, in AA.VV. *Diritto penale tributario*, a cura di G.Fiandaca - E.Musco, Milano 1992, p.172, il quale evidenzia che il limite di contestualità "varcato il quale il fenomeno criminoso trapassa nella pluralità di fatti di reato suscettibili di essere collegati dal vincolo della continuazione" va individuato in ogni singolo esercizio commerciale sia per soggetto di imposta, sia per anno fiscale. In giurisprudenza cfr. Trib. Viterbo 28 maggio 1987, cit., secondo cui se il ricorso alle fatture fittizie si ripete per più esercizi non si può più parlare di semplice accrescimento della gravità dell'offesa, ma di vera e propria reiterazione della stessa poichè il pericolo non viene soltanto aggravato bensì rinnovato per differenti periodi di imposta.

23) Sul punto v. TITO, *Sulla natura del reato di emissione di fatture per operazioni inesistenti*, in *Cass. pen.*, 1986, p.362ss. In giurisprudenza cfr. Cass. 28 febbraio 1987, in *Cass.pen.*, 1988, 1249, p.1134; Cass. 13 ottobre 1986, *ivi*, 1988, 371, p.334; Cass. 4 novembre 1986, *ivi*, 1988, 930, p.825.

24) Sul significato del termine "emissione" nella fattispecie in esame cfr. Cass. 7 giugno 1988, in *Giust.pen.*, 1989, II, p.211, secondo cui la nozione penalistica di tale concetto si ricava dall'art.21 D.P.R. n°633/72 e si risolve nella consegna e nella spedizione del documento al destinatario. Nello stesso senso cfr. TITO, *Sulla natura del reato di emissione*, cit., p.363. Più in generale v. ASSUMMA, *I delitti tributari*, Firenze 1985, p.147ss.; DE VERO, *Le fattispecie*, cit., p.173, secondo i quali l'emissione consiste nella *traditio* del documento al destinatario o ad un soggetto legittimato a riceverlo. Si ha, invece, "utilizzazione" tutte le volte che il soggetto compie un uso fiscalmente rilevante del documento, in particolare per le fatture, mediante annotazione delle medesime negli appositi registri previsti dagli artt.23 e 25 del D.P.R. n°633/72, rispettivamente per l'emittente e per il destinatario. In dottrina per una compiuta analisi cfr. NENCINI, *Art.4*, cit., p. 261; MONETTI, *Fatture false*, cit., p.2703; ID., *La disciplina dei nuovi reati tributari*, in *Quest. crim.*, 1983, p.91; TUCCI, *I delitti*, cit., p.1036; SERAO-PICCIOLI, *La disciplina della frode fiscale*, cit., p.167ss.

25) Nello stesso senso Cass. 6 maggio 1988, in *Cass. pen.*, 1990, 683, p.652.

corrispettivi o dell'imposta sul valore aggiunto in misura superiore a quella reale; c) per operazioni economiche recanti l'indicazione di nomi diversi da quelli veri in modo che ne risulti impedita l'identificazione dei soggetti cui si riferiscono (art.4 lett.d) ult. parte).

In ordine all'elemento psicologico particolare rilevanza assume il concetto di "utilizzazione" del documento. In questa sede deve evidenziarsi che l'uso di un atto falso si realizza con l'impiego giuridicamente rilevante del documento diretto al conseguimento dello scopo in vista del quale la falsità è stata commessa<sup>26</sup>. Il limite esegetico negativo dell'utilizzazione è rappresentato, com'è stato puntualmente sostenuto<sup>27</sup>, dal mero possesso, perchè esso non rappresenta un atteggiamento dinamico finalisticamente orientato; la semplice detenzione<sup>28</sup> esprime la volontà di tenere presso di sé il documento. Così non può, ad esempio, dirsi utilizzata la semplice conservazione, prescritta dalla legge, non qualificata da particolari atti di contabilità<sup>29</sup>.

Nel caso di utilizzazione, o anche di emissione, di fatture per operazioni in tutto o in parte inesistenti con i corrispettivi o con l'ammontare dell'I.V.A. maggiorati, "il dolo di evasione o di indebito rimborso, è normalmente *in re ipsa*: una parte agisce per conseguire tali risultati a proprio favore (incrementando i costi, o l'I.V.A. detraibile), l'altra per consentire l'acquisizione secondo il concreto atteggiarsi della falsità"<sup>30</sup>.

In questo caso si tratta di compiere una o più false fatturazioni per operazioni parzialmente o del tutto inesistenti. La prima ipotesi dà vita alla cosiddetta sovrapproduzione, poichè la divergenza tra realtà e rappresentazione è relativa, nel senso che l'operazione si è realmente svolta tra i soggetti individuati nel documento contabile ma in termini quantitativi inferiori al dichiarato.

Per quanto concerne, invece, l'inesistenza dell'operazione riportata dai documenti contabili, essa dipende dalla circostanza che l'operazione stessa non si è mai verificata. In questi casi la divergenza tra realtà e dichiarato è assoluta<sup>31</sup>.

Un classico esempio di riciclaggio si verifica con la fatturazione di

26) Cfr. Trib. Viterbo 28 maggio 1987, cit., p.6640.

27) In tal senso PADOVANI, *op. ult. cit.*, p.253.

28) Sul punto v. DI AMATO, *Diritto penale dell'impresa*, Milano 1992, 2ª ed p.411.

29) In proposito cfr. DE VERO, *La fattispecie di frode fiscale*, cit., p. 166; *contra* D'AVIRRO-NANNUCCI, *I reati nella legislazione tributaria*, cit., p.38 lss., secondo i quali anche la conservazione è già una forma di utilizzazione.

30) Così PADOVANI, *op. ult. cit.*, p.255.

31) In tal senso cfr. PADOVANI, *Problemi generali*, cit., pp.244-245.

prestazioni di servizio mai eseguite tra un'impresa criminale ed un'altra impresa. Il meccanismo dà vita ad un vantaggio per entrambe: per la prima a fatturare prestazioni non effettuate, tali da giustificare le entrate illecite; la seconda si costituisce disponibilità extracontabili, per cui questa consegna effettivamente il prezzo della prestazione mai ricevuta che l'impresa criminale gli accredita generalmente all'estero decurtato di una congrua provvigione, che generalmente è del 30%. Tale decurtazione viene in parte assorbita dal recupero dell'IVA e dalla deduzione di costi fittizi<sup>32</sup>. Lo stesso accade con la fatturazione parzialmente inesistente o del tutto inesistente di cessione di beni, così come con la falsa fatturazione per coprire vendite effettuate in "nero"; fino ad arrivare ai casi - molto noti - rappresentati dalle imprese cd. "cartiere" costituite al precipuo fine di emettere grossi quantitativi di fatture false, omettendo in tutto o in parte gli adempimenti fiscali connessi alla fatturazione delle operazioni<sup>33</sup>. In ultimo, va evidenziato il fatto che il fenomeno della falsità in fatturazione, sia di beni che di servizi (per questi ultimi la scoperta dell'illecito è resa ancora più problematica dalla varietà dei modi mediante i quali può atteggiarsi la falsità) viene spesso attuata a mezzo di operazioni con l'estero acuendo le difficoltà di una possibile individuazione.

Da ciò discendono, com'è facilmente comprensibile, conseguenze altamente negative sul piano del corretto funzionamento del sistema economico che si riflettono, ovviamente, anche sul piano del funzionamento del sistema fiscale.

Innanzitutto, si verifica una compressione della base imponibile, con relativa riduzione del debito d'imposta per quei soggetti - anche estranei all'organizzazione delinquenziale - che partecipano, dolosamente o colposamente, all'azione di riciclaggio, proprio al fine di fruire dei vantaggi fiscali.

Il regime di libera concorrenza subisce pesanti condizionamenti fino ad arrivare, in alcune ipotesi, alla sua paralisi con la monopolizzazione di

---

32) In tal senso cfr. NUNZIATA, *Italia: frode fiscale e riciclaggio nell'esperienza legislativo e giudiziaria*, in *Rass. trib.* 1992, p.124. Per una significativa, seppur breve, rassegna di casi di riciclaggio connessi a fenomeni di evasione fiscale, cfr. SANTACROCE, *Il segreto bancario e gli accertamenti fiscali dell'amministrazione finanziaria*, in *Rass. trib.* 1993, n°9, p.83ss.

33) Sul punto cfr. MAGISTRO, *Riciclaggio di capitali* - cit., p.45.

interi settori - si pensi ad esempio ai grandi appalti di opere pubbliche - data l'ampia disponibilità di capitali a costi bassissimi, con l'ulteriore possibilità di attingere ai finanziamenti pubblici.

Inoltre, l'enorme vantaggio di posizione, derivante dalla cospicua massa di liquidità consente di reinvestire a condizioni migliori rispetto alle altre imprese che devono sottostare ai, rilevanti, tassi bancari.

Infine, alle limitazioni del regime della libera concorrenza, va aggiunta l'ulteriore alterazione che si verifica con la tendenza degli imprenditori corretti a ricercare soluzioni ai limiti della legalità, ma anche oltre, ricorrendo all'evasione fiscale o alla commercializzazione di prodotti di scadente qualità o di illecita provenienza<sup>34</sup>, con il non infrequente ricorso all'usura per mantenere, del tutto illusoriamente, dei margini di competitività<sup>35</sup>.

#### 4. L'individuazione della disposizione incriminatrice.

Dalla falsità in fatturazione discendono, ovviamente, conseguenze anche sotto il profilo penale, la cui repressione non sempre avviene senza difficoltà.

La prima questione concerne la scelta della fattispecie incriminatrice da applicare al caso di false fatturazioni.

Va, innanzitutto, esclusa l'applicabilità delle norme in tema di favoreggiamento reale, in virtù della clausola di riserva *ivi* prevista "fuori dei casi di concorso nel reato e dei casi previsti dagli artt. 648, 648bis, 648ter".

Qualche dubbio sorge per quanto concerne la scelta tra le disposizioni in tema di ricettazione, riciclaggio e impiego di denaro.

Le norme appena richiamate si caratterizzano per il fatto che tutte e tre riescono a regolare il caso in esame. Infatti, l'art. 648 usa il termine "occultare"; l'art. 648bis (come modificato dalla l. n°55/90) fa riferimento all'attività di chi "ostacola l'identificazione" della provenienza di denaro, beni o altre utilità, l'art. 648ter punisce chiunque "impiega in attività eco-

34) In proposito cfr. NUNZIATA, *op. ult. cit.*, p. 124.

35) Sul tema, per una compiuta ricostruzione, del problema tra usura e riciclaggio, cfr. da ultimo CAVALIERE, *Sui rapporti tra condotta di usura e attività di riciclaggio*, in corso di stampa, p. 2ss. del dattiloscritto.

nomiche o finanziarie" denaro, beni *etc.*

Una plausibile soluzione potrebbe ricavarsi dall'applicazione del disposto di cui all'art. 15 c.p.<sup>36</sup>; la disposizione in parola impone di ritagliare un ambito di operatività effettivo per le confliggenti norme.

La giurisprudenza, del resto, ha avuto modo di affermare, pur se anteriormente alle modifiche apportate con la l. n°55/90, che l'ipotesi criminosa disciplinata dall'art. 648*bis* risulta modellata sui reati di ricettazione e di favoreggiamento reale; ma se ne diversifica per un ambito più ristretto rispetto ai modelli legali appena richiamati<sup>37</sup>. Non diversamente i giudici di legittimità hanno sostenuto che la disposizione *ex* art. 648*bis* assorbe le ipotesi criminose previste dagli artt. 379 e 648 c.p.<sup>38</sup>.

In altri termini la scelta in favore di una fattispecie anziché di un'altra, deve scaturire da una maggiore vicinanza al caso effettivamente verificatosi nella realtà.

Nel caso che ci occupa l'impiego di capitali giustificato dall'emissione di fatture inesistenti è rappresentato dal collocamento nella contabilità aziendale quale apparente ricavo conseguente a prestazioni di servizio ovvero a cessioni di beni. Pertanto il corretto funzionamento del sistema vigente -nel quale assume un ruolo significativo il gioco delle clausole di riserva- consente di riconoscere, nelle ipotesi appena richiamate, il pieno ambito di operatività dell'art. 648*ter*.<sup>39</sup>

Il sistema si caratterizza, allora, per una costruzione a gradi o per cerchi concentrici cercando di sanzionare i vari momenti che diversificano il percorso dei capitali di provenienza illecita secondo l'andamento trifasico prima richiamato.

Non bisogna dimenticare, però, che, nella realtà, le cose potrebbero avere uno svolgimento diverso; e che l'art. 648*bis* potrebbe porsi come una norma 'buona per tutte le stagioni'. Com'è noto la disposizione in tema di

---

36) La bibliografia sul tema del concorso di norme è vastissima, per una compiuta panoramica sul dibattito scientifico cfr. M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale, I, artt. 1-84*, Milano 1987, p. 143ss.

37) In tal senso cfr. Cass. sez. II 24 novembre 1986, n°13155, in *Cass. pen.* 1988, p. 859, in *Giur. it.* 1988, II, p. 164.

38) Cfr. Cass. sez. II 1 ottobre 1983, n°7728, in *Cass. pen.* 1984, p. 2204ss, con nota di FERRARO, *Osservazioni su taluni aspetti problematici del delitto di riciclaggio*.

39) Sul punto cfr. DONADIO, *Il riciclaggio: le fattispecie incriminatrici nel diritto vigente*, in corso di stampa, p. 10ss. del dattiloscritto.

riciclaggio (dopo le modifiche apportate dalla l. n°328/93) punisce, oltre colui che sostituisce o trasferisce denaro, beni o altre utilità provenienti da delitto non colposo, anche colui che compie operazioni "in modo da ostacolare l'identificazione della loro provenienza delittuosa". L'uso della locuzione "in modo da ostacolare" in luogo di "ostacolare" (di cui all'art.648*bis* prima della riforma operata attraverso la l. n°328/93) assume una portata idonea a ricomprendere le più lontane difficoltà o i più remoti atteggiamenti che si frappongono all'identificazione dei fondi illeciti. Tutto ciò fa sì che alla norma in tema di riciclaggio, anche per il connesso regime probatorio più semplice, venga assegnato un ambito di operatività - se non ai limiti del principio di determinatezza - certamente tale da restringere lo spazio riconosciuto alle disposizioni in tema di impiego di capitali di provenienza illecita anche in virtù della sussistenza delle clausole di riserva.

Alla luce delle brevissime considerazioni sinora svolte va risolto il problema relativo alla scelta della norma incriminatrice in tema di false fatturazioni. In questa ipotesi vengono in rilievo oltre le disposizioni concernenti il riciclaggio, anche i rapporti tra l'art.4 lett.d) l. n°516/82 e la contravvenzione di cui all'art.1 co.2 della stessa legge. Resta da chiarire, infine, il quesito della applicabilità o meno dell'art.640 c.p. alla fattispecie in esame.

Riteniamo che nelle ipotesi di false fatturazioni vada applicato l'art.648*ter* in quanto l'impiego di denaro rappresenta l'ultima fase del processo criminoso -iniziato con l'occultamento dei capitali illecitamente accumulati- finalizzato ad inserire il denaro nei circuiti leciti; e vada applicata, inoltre, la fattispecie di cui all'art.4 lett. d) l. n°516/82 come modificata dalla l. n°154/91, nonostante i dubbi interpretativi in relazione al rapporto intercorrente con l'art.1 co. 2 della stessa legge in tema di omessa o insufficiente fatturazione o annotazione.

La contravvenzione di cui all'art.1 co. 2 punisce -con la pena dell'arresto da tre mesi a due anni e dell'ammenda da dieci a venti milioni- l'infedeltà nelle scritture contabili o nella fatturazione, il delitto previsto dall'art. 4 lett. d) della stessa legge, in ordine alla falsità in fatturazione é punito, viceversa, con la reclusione da sei mesi a cinque anni e con la multa da cinque a dieci milioni. Entrambe le fattispecie incriminatrici, ad un primo esame, sembrano applicabili al caso di utilizzazione di capitali illeciti nel ciclo produttivo dell'impresa.

Senonchè la dottrina é pervenuta alla conclusione - anche al fine di giustificare la disparità di trattamento sanzionatorio e, quindi, al fine di evitare una dichiarazione di illegittimità costituzionale per violazione dell'art.3 - che la contravvenzione di infedeltà nelle fatturazioni "ha come

proprio asse l'obbligo di fatturare e di annotare di cui sanziona l'inadempimento, totale o parziale, mentre il delitto della lett.d) reprime l'adempimento di tale obbligo correlato a falsi presupposti: questa diversa consistenza delle due situazioni giustifica la disparità di trattamento repressivo<sup>40</sup>.

Va rilevato, però, che dubbi, difficilmente superabili, permangono nelle ipotesi di sottofatturazione.

Innanzitutto, ne appare problematica la collocazione sistematica, considerato che la sottofatturazione consiste in una condotta mista, di azione e di omissione: dove la prima è data dal fatturare una parte dell'operazione; la seconda dalla mancata fatturazione del residuo. Allo stesso modo del delitto di frode fiscale, la fattispecie di sottofatturazione, così come di sovralfatturazione, presenta un'analogia funzionalità decettiva<sup>41</sup>.

La soluzione viene ricavata da un'analisi della sistematica alla base delle disposizioni di cui alla l. n°516/82, che distingue tra ipotesi delittuose di frode, da un lato, e contravvenzioni, per lo più relative alla violazione di obblighi formali, dall'altro; la distinzione viene fondata sul fatto che le fattispecie delittuose determinano una rappresentazione decettiva della realtà; quelle contravvenzionali non la documentano. Di modo che una volta accettato che l'omessa fatturazione debba assumere una rilevanza penale inferiore rispetto alla falsa fatturazione, l'ipotesi della sottofatturazione non può che essere attratta, *a fortiori*, nell'orbita assegnata alla prima, valorizzando il profilo emissivo della condotta<sup>42</sup>. Del resto, ragioni di una razionale politica criminale dovrebbero far sì che il contribuente che elude solo parzialmente l'obbligo di fatturare non possa essere punito più severamente di quello che si è sottratto in tutto allo stesso obbligo.

Per quanto concerne il rapporto tra frode fiscale e truffa ai danni dello Stato, nel caso in cui concretamente si sia verificata l'evasione dei tributi, dottrina e giurisprudenza si muovono secondo linee interpretative diverse.

Mentre la dottrina sostiene l'apparenza del concorso di norme, riconoscendo prevalenza alle disposizioni sulla frode fiscale<sup>43</sup>. La giurispru-

40) Così PADOVANI, *Problemi generali*, cit., p.262.

41) In tal senso cfr. PADOVANI, *Problemi generali*, cit., p.261.

42) Sul punto cfr. PADOVANI, *op. loc. cit.*

43) Cfr. Cass. sez.II 2 dicembre 1982, in *Cass. pen.* 1984, p.568; App. Milano 16 maggio 1986, in *Foro pad.* 1986, I, p.347.

denza é orientata verso l'affermazione del concorso formale di reati sulla scorta della diversità dell'interesse tutelato dalla due disposizioni incriminatrici<sup>44</sup>.

Senza addentrarci nel problema della corretta individuazione del bene giuridico<sup>45</sup> protetto dalle disposizioni richiamate, va evidenziato il fatto che l'orientamento giurisprudenziale reca con sé il rischio di una duplicazione repressiva in contrasto con il principio del *ne bis in idem* sostanziale, che si verifica proprio quando lo stesso fatto di reato viene perseguito da più norme; nel nostro caso dall'art.4 l. n°516/82 e dall'art.640 c.p.<sup>46</sup>.

### 5. Luci ed ombre dell'attuale disciplina.

Dall'interazione delle disposizioni espresse dalla normativa sin qui, schematicamente, richiamata discendono conseguenze non sempre in sintonia con i postulati di garanzia formale e sostanziale, consentanei ad un ordinamento - come il nostro - ispirato ai principi dello stato sociale di diritto.

Innanzitutto, deve rilevarsi che la l. n°328/93 ha inciso profondamente sul sistema repressivo contro i fatti di riciclaggio non menzionando più i reati a monte a cui precedentemente facevano riferimento gli artt.648*bis* e 648*ter* c.p.

Con l'attuale formulazione l'impiego di denaro di provenienza illecita art. 648*ter* - si verifica ogni qual volta i capitali che derivano da qualunque specie di delitto vengono utilizzati in attività di natura economico

44) Sul punto cfr. DE VERO, *Le fattispecie di frode fiscale previste dalle lett. A-E dell'art.4 l. 7 agosto 1982, n°516*, cit., p.4824ss.; CALVI, *Problemi attuali in tema di frode fiscale*, in *Il Fisco* 1988, p.4824ss.; FACCHINI, *I reati di frode fiscale*, in *Il Fisco* 1985, p.53ss.; DE NIGRIS-SINISCALCHI, *Osservazioni sul rapporto di specialità tra frode fiscale generica e truffa ai danni dello Stato*, in *Cass. pen.* 1984, p.569ss. Più in generale per una compiuta rassegna sulle varie impostazioni dottrinali cfr. CERQUA, *Art. 4. 1° comma, N. 2*, in CARACCIOLI-GIARDA-LANZI, *Diritto e procedura penale tributaria*, cit., p.211ss.

45) Sul punto ci sia consentito rinviare al nostro, *Bene giuridico ed offensività nel diritto penale tributario*, lavoro monografico, in corso di stampa.

46) In tal senso cfr. LEMME, *La frode fiscale*, Napoli 1993, 3ª ed. p.159ss. e bibliografia ivi richiamata.

finanziarie. Tutto ciò potrebbe dar vita ad un trattamento sanzionatorio accentuatamente diversificato tra colui che ha commesso il fatto di reato finalizzato alla raccolta di somme di denaro e colui che i capitali stessi impiega. Potrebbe venir punito, allora, più duramente chi utilizza i proventi - reclusione da quattro a dodici anni e multa da due a trenta milioni - rispetto all'agente che ha posto in essere fatti di reato altrettanto gravi che hanno sulla collettività un impatto decisamente rilevante. Si pensi ai delitti di furto, truffa, usura, etc.

Questa impostazione nel momento in cui fa ricorso, senza parsimonia, a dure sanzioni criminali non si pone come un fatto casuale, ma è finalizzata, a noi pare, ad affermare - per alcuni aspetti esasperandola - la funzione di prevenzione generale negativa della pena. Del resto, l'individuazione del *quantum* della risposta statutale è compito che spetta alla funzione legislativa e come tale insindacabile, una volta che si dimostri, per ragioni politico-criminali, proporzionata al reato commesso e che si ponga in armonia con l'intero sistema sanzionatorio. Il legislatore, in altre parole, interviene con sanzioni durissime sull'ultima fase del processo criminoso cercando di neutralizzare l'utilizzazione dei proventi delittuosi, rendendoli non spendibili: bloccando i capitali illeciti, si spera di vanificare la commissione stessa dei reati a monte.

L'intervento fortemente repressivo all'atto dell'utilizzazione dei proventi appare quanto mai opportuno per un duplice ordine di considerazioni. La prima è rappresentata dalla circostanza che l'immissione di capitali illeciti nel normale ciclo economico determina un'alterazione del mercato dal quale deriva una pluralità di effetti difficilmente controllabili. La seconda è data dal fatto che la fase del reimpiego rappresenta l'anello più debole e vulnerabile della catena criminosa. Basti riflettere che al momento dell'utilizzazione vengono in rilievo, solitamente, fattori più facilmente accessibili agli organi inquirenti: l'apporto di persone al di fuori dell'*habitat* malavitoso ed in quanto tali meno legate ad un ambiente che si fonda in gran parte sull'omertà; gli improvvisi arricchimenti di soggetti in condizioni economiche tali, da non giustificare il possesso di determinati beni; nello specifico settore dell'impresa si pensi agli autentici "miracoli" economici di aziende sull'orlo del fallimento che in brevissimo tempo riacquistano insperata solidità.

In una tale ottica possono inquadrarsi, del resto, anche i recenti provvedimenti normativi convertiti nella l. n°197/91 la quale dedica il primo capo agli strumenti ed alle modalità di lotta contro il riciclaggio, ed il secondo riferito alla disciplina degli intermediari che operano nel settore finanziario, ma che coinvolge, più in generale, l'intero diritto penale del-

l'economia<sup>47</sup>. Oltre alla cd. "canalizzazione" dei trasferimenti di denaro - superiori a venti milioni - verso gli intermediari abilitati, la legge prevede una serie di limiti alla circolazione dei mezzi di pagamento e dei valori creditizi. Sottopone all'obbligo di identificazione e di archiviazione i soggetti che pongono in essere operazioni superiori a venti milioni (data e causale dell'operazione, importo dei singoli pagamenti o dei titoli al portatore, complete generalità, codice fiscale, etc). Il coinvolgimento degli operatori bancari e finanziari nella lotta al riciclaggio ai quali spetta l'onere di segnalare le transazioni sospette<sup>48</sup> avviene con la previsione di sanzioni di varia natura, senza, però, che agli stessi soggetti vengano date sufficienti direttive o validi criteri per poter individuare quando l'operazione può dirsi sospetta<sup>49</sup>.

Tutto il sistema delle segnalazioni, nel quale viene riposta grande fiducia da parte del legislatore, può dirsi funzionale solo se la prassi saprà dimostrare il superamento di oggettive difficoltà di non poco conto. I parametri indicati dal legislatore (natura dell'operazione, entità, capacità economica, attività dell'autore, etc.) non brillano per precisione. Il pericolo di vanificare il meccanismo a causa di un uso inflazionato è meno teorico di quanto possa sembrare. L'operatore pur di non correre rischi procederà, verosimilmente, ad una indiscriminata attività d'informazione con il risultato di raccogliere un numero ingentissimo di dati la cui analisi potrà rivelarsi defaticante fino a rendere inutile la stessa opera di segnalazione<sup>50</sup>.

Analoghe finalità vengono perseguite dal legislatore svizzero tra l'altro, con l'art.305ter, significativamente, rubricato "carente diligenza in operazioni finanziarie"<sup>51</sup>.

47) In tal senso cfr. FLICK, *La legge è positiva nelle intenzioni ma rischia di scivolare sul metodo*, in *Il Sole-24 Ore*, 5 luglio 1991.

48) Sulle difficoltà operative delle "segnalazioni" cfr. BARBIERA-CONTENTO, *Lotta al riciclaggio del denaro sporco, nuova disciplina dei pagamenti dei titoli di credito e delle attività finanziarie*, cit., p.174ss.

49) Per una problematica operatività seppur in riferimento alle fattispecie introdotte dalla l. n°55/90 cfr. COLOMBO, *Il riciclaggio*, Milano 1990, p.130ss.; FLICK, *Informazione bancaria e giudice penale*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1990, I, p.336.

50) Sul punto cfr. FLICK, *Lotta al riciclaggio: il governo è partito con il piede giusto*, in *Il Sole-24 Ore*, 23 dicembre 1990; MAGISTRO, *Riciclaggio di capitali illeciti*, cit., p.107.

51) Per un inquadramento della fattispecie di cui all'art. 305-ter che reca "chiunque, a titolo professionale, accetta, prende in custodia, aiuta a collocare o a trasferire valori patri-

Una simile disposizione - nel momento in cui si assegna al sistema delle segnalazioni importanza fondamentale - poteva essere introdotta anche nel nostro codice. L'inserimento di una tale fattispecie nel codice penale avrebbe permesso di evitare un rilevante numero di norme sparse nella legislazione speciale, spesso di non facile lettura e di problematico collegamento, con conseguente migliore impatto sui diretti destinatari e sulla collettività. Una disposizione sul tenore dell'art. 305<sup>ter</sup> c.p. svizzero andava posizionata nel capo relativo ai reati contro il patrimonio e conseguentemente dopo l'art. 648<sup>ter</sup>.

Nello stesso ambito andava trasferita anche la norma in tema di favoreggiamento reale di cui all'art. 379 c.p. E' questa un'impostazione che riprende soluzioni recentemente prospettate<sup>52</sup> in tema di sistemazione dei reati contro il patrimonio. Senza percorrere passaggi già, esaustivamente, illustrati sulla funzione che il bene-patrimonio (al quale è possibile ricondurre, a nostro avviso, anche i fatti di riciclaggio) è chiamato a svolgere in armonia con le opzioni costituzionali relative alla personalità del titolare del bene<sup>53</sup> merita di essere segnalata, in questa sede, come una delle

---

moniali altrui senza accertarsi, con la diligenza richiesta dalle circostanze, dell'identità dell'avente economicamente diritto, è punito con la detenzione fino a un anno, con l'arresto o con la multa", cfr. BERNASCONI, *Riciclaggio. Le soluzioni svizzere*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1990, I, p.159ss.; ARZT, *Zur Rechtsnatur des art. 305 ter StGB (Mangelnde Sorgfalt bei Geldgeschäften)*, in *Schweizerische Juristen-Zeitung*, 1990, p.189ss.; AMBROSETTI, *Profili penalistici*, cit., p.281; LOMBARDINI, *La lotta contro il riciclaggio: la direttiva europea del 10 giugno 1991 e l'esperienza svizzera*, in *Cass. pen.* 1993, p.2681ss., in particolare pp.2682-2686. La normativa di cui all'art. 305<sup>ter</sup> è stata successivamente modificata nel corso del 1993, con l'introduzione di un vero e proprio "diritto di comunicare" da parte dell'operatore finanziario; sul punto v. F.F. 1993, III, p.269.

52) Ci si riferisce al lavoro di MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Padova 1988, p.58ss., in particolare pp.60-61 nota 4) e pp.134-135.

53) Al patrimonio secondo MOCCIA, *op. ult.* cit., p.65ss., è possibile ascrivere un "concetto dinamico-funzionale fortemente caratterizzato da elementi personalistici ... in uno stato sociale di diritto ad orientamento personalistico, la tutela del patrimonio deve garantire la disponibilità dei beni, al fine di assicurare lo sviluppo della personalità in campo economico" (pag. 69); ID. *Considerazioni de lege ferenda sulla sistematica dei reati contro il patrimonio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p.415ss.; ID. *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli 1992, p.269. Per una valorizzazione del patrimonio in una visione funzionale allo sviluppo della personalità dell'individuo cfr. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli 1972, p.172ss.; MANTOVANI, *Danneggiamento e deturpamento di cose altrui*, in *Dig. disc. pen.*, Torino 1989, p.310ss.; ID. *Diritto penale. Delitti contro il patrimonio*, Padova 1989, p.18ss.; LA CUTE, *Truffa b) Diritto vigente (voce)*, in *Enc. dir.*, Milano 1992, XLV, p.249.

linee di una possibile sistematica si configuri sulla base della precedente commissione di un reato. Si tratta della previsione di una categoria rappresentata dalla perpetuazione di una situazione antiggiuridica che si caratterizza, tra l'altro, per il fatto che di fornire all'autore del reato "un sostegno non tollerabile dal diritto"<sup>54</sup> non diversamente da quanto avviene per i casi di ricettazione<sup>55</sup> e di favoreggiamento reale.

La normativa contro i fatti di riciclaggio si fonda, come abbiamo avuto modo di vedere, seppur in via di estrema semplificazione, essenzialmente su presunzioni e su indizi caratterizzando, così, l'intero complesso repressivo.

Già con le leggi n°575/65 e n°646/82 si prevedeva la possibilità di adottare misure di prevenzione di carattere patrimoniale sulla presunzione che i beni derivavano da attività illecite o ne rappresentavano il reimpiego. La "prova" era data dalla notevole sperequazione tra il tenore di vita e l'entità dei redditi posseduti o dichiarati<sup>56</sup>. I recenti provvedimenti ribadiscono, in fin dei conti, meccanismi, già noti, di tipo emergenziale.

Le cose non migliorano con l'uso dello strumento fiscale in chiave antiriciclaggio. Tra la normativa di contrasto va incluso il d.l. n°167/90 convertito nella l. n°227/90 e successivamente modificato dalla l. n°413/91 in tema di rilevazione, ai fini fiscali, di alcuni trasferimenti dall'estero e per l'estero di titoli, valori e denaro. La l. n°413 tende, per molti aspetti, ad un monitoraggio di tutti i movimenti di denaro per l'estero superiori ai venti milioni. Allo stesso modo la l. n°197/91, all'art.13 co.4, prevede l'utilizzazione ai fini fiscali delle segnalazioni effettuate dagli operatori finanziari.

L'attivazione di strumenti di tipo fiscale può rivelarsi particolarmente utile come mezzo di contrasto al riciclaggio, solo alla luce di determinate condizioni. Attraverso la verifica fiscale è possibile svolgere una serie di indagini che si propagano a tutti i fattori economici: dalla consistenza patrimoniale dell'azienda alla posizione del soggetto nei confronti

---

54) Così MOCCIA, *op. ult. cit.*, p.134.

55) L'ipotesi della perpetuazione della situazione antiggiuridica - che si verifica, ad esempio, nella sottrazione della cosa rubata al ladro - viene desunta dallo schema della ricettazione, in quanto la nuova azione furtiva, perpetua, come nella ricettazione, la situazione antiggiuridica precedentemente verificatasi. Le due figure del furto ai danni del ladro e della ricettazione non vanno, però confuse, in tal senso cfr. MOCCIA, *op. ult. cit.*, p.62 nota 41.

56) Sul punto cfr. AMODIO, *Le misure di prevenzione patrimoniale nella legge antimafia*, in *Giust. pen.* 1985, III, p.632ss.

dell'erario; dai depositi di risparmio all'acquisto di materie prime, etc. I poteri di cui godono gli organi di polizia tributaria, del resto, sono davvero estesi: dall'effettuazione di accessi, perquisizioni ed ispezioni<sup>57</sup> alle deroghe al segreto bancario; dalla richiesta di dati e notizie all'acquisizione autoritativa in genere di conoscenze sull'operato del contribuente rispetto agli obblighi tributari; dal sequestro di libri, registri e documenti all'effettuazione di tutti gli atti necessari ad assicurare i mezzi di prova e la conservazione dello stato dei luoghi e delle cose<sup>58</sup>.

Certo, un migliore coordinamento tra i vari livelli investigativi (sia a livello di lotta al riciclaggio che su quello relativo al fenomeno dell'evasione tributaria) - magari attivandosi con elaborazione statistiche disaggregate e non per settori o aree geografiche, capaci di far emergere le anomalie e le contraddizioni sulle singole operazioni - potrebbe dare cospicui risultati al fine di individuare e neutralizzare la circolazione dei capitali di provenienza illecita. Così come non bisogna dimenticare che ogni strategia di lotta è destinata alla sterilità sul piano dei risultati se avverrà per singoli ambiti nazionali lasciando inalterata la capacità dei vari "paradisi" fiscali, bancari, finanziari, di alimentare in maniera considerevole il fenomeno<sup>59</sup>.

## 6. Il problema della *ratio* di tutela.

Gli insoddisfacenti risultati raggiunti nella lotta al riciclaggio - la prassi ci dirà se gli strumenti di nuovo conio saranno capaci di incidere sulla soluzione del problema- ed all'opposto, i costi "pagati" in termini di limitazioni dei diritti fondamentali si pongono, per molti versi, come na-

---

57) Per un compiuto inquadramento dei compiti cfr. FANELLI, *I poteri della polizia tributaria per l'accertamento del reato tributario*, in *I reati in materia fiscale*, cit. p.547ss.

58) Sul punto cfr. TOTIS, *Accessi, perquisizioni e sequestri in materia fiscale*, in CORSO-STORTONI, *I reati in materia fiscale*, Torino 1990, p.589ss.; GUADALUPI, *Il sequestro presso banche*, *ivi*, p.612ss.

59) Un'efficace lotta al fenomeno del riciclaggio deve passare, necessariamente, attraverso meccanismi di cooperazione internazionale; sul punto cfr. GROSSO, *Frode fiscale e riciclaggio*, cit., p.1277ss.; MOCCIA, *Impiego di capitali illeciti e riciclaggio*, cit., p.24; CRESPI, *Aziende di credito e repressione del riciclaggio*, cit., p. 1404; FLICK, *Riciclaggio*, cit., p.2ss.

zurac conseguenza della confusione intorno al bene giuridico da salvaguardare<sup>60</sup>.

Quest ultimo non va confuso con la *ratio* di tutela e, pertanto, non può essere individuato in un generico e quanto mai sfuggente interesse pubblico che di volta in volta si colora diversamente per determinate specificità in relazione ai vari ambiti effettivamente implicati, concretandosi, ad esempio, ora nell'interesse pubblico alla riscossione dei tributi, nel settore tributario, ora nell'interesse pubblico al corretto funzionamento dell'economia nazionale come avviene nella lotta al riciclaggio.

Di modo che, se si identifica l'interesse pubblico con l'oggetto della tutela, devono ricondursi ad esso un cospicuo numero di altri settori, con il rischio di omologare fattispecie, in realtà, molto differenti l'una dall'altra, con il notevole risultato di una contestuale perdita in efficienza della tutela ed in garanzie individuali. Se l'interesse pubblico al mantenimento dell'ordine pubblico economico o il funzionamento del sistema economico è in grado di fondare il ricorso ad una sanzione limitativa della libertà in quanto bene giuridico autonomo, allora deve ammettersi un interesse pubblico -nel senso di una vera e propria oggettività giuridica- al dovere di fedeltà e di obbedienza verso lo Stato; o, un interesse pubblico al prestigio delle Istituzioni; o, ancora, un interesse pubblico al mantenimento dell'ordine pubblico ideale.

Sono queste delle situazioni che si identificano con i principi stessi posti a base dell'assetto istituzionale e che non possono essere ricondotte ad oggetto di tutela. Esse per quanto legittime e rilevanti non sono beni giuridici ma "metafore concettuali"<sup>61</sup>; in questi casi, "il diritto penale non

60) Sulle problematiche sottese al corretto inquadramento e funzionamento del bene giuridico, la bibliografia è vastissima; per un esauriente quadro d'insieme, cfr. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano 1983, p.9ss.

61) Così PADOVANI, *La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, I, p.117. L'illustre Autore sostiene che i "grossflächige Rechtsgüter", e cioè i bei giuridici ad ampio spettro richiamati dalla dottrina tedesca (v. nota seguente) quali la finanza pubblica, l'attività produttiva, la circolazione dei veicoli, etc. non costituiscono, nè individuano beni giuridici ma soltanto "situazioni strumentali", che designano l'ambito particolare dove si percepisce e si individua un conflitto di interessi, e le modalità normative stabilite per risolverlo o contemperarlo. Tuttavia, l'Autore finisce per ammettere la protezione penale, in quanto sullo sfondo della tutela di funzioni assume un ruolo di centralità il bene giuridico.

tutela vittime ma funzioni"<sup>62</sup>.

Un ingiustificato ampliamento dell'intervento penalistico che deriva da una errata individuazione dell'oggetto tutelato e del ruolo che il bene giuridico<sup>63</sup> è chiamato a svolgere, si pone, del resto, in stridente contrasto con quella impostazione che configura il diritto penale, il cui intervento va connotato da frammentarietà, come ultima ratio nella gerarchia degli strumenti giuridici di controllo sociale. Esso, inoltre, perseguendo illusorie prospettive panpenalistiche, finisce con il bloccare l'attivazione di più efficienti strumenti extrapenalici di controllo, con una caduta in termini di reale difesa dei beni giuridici.

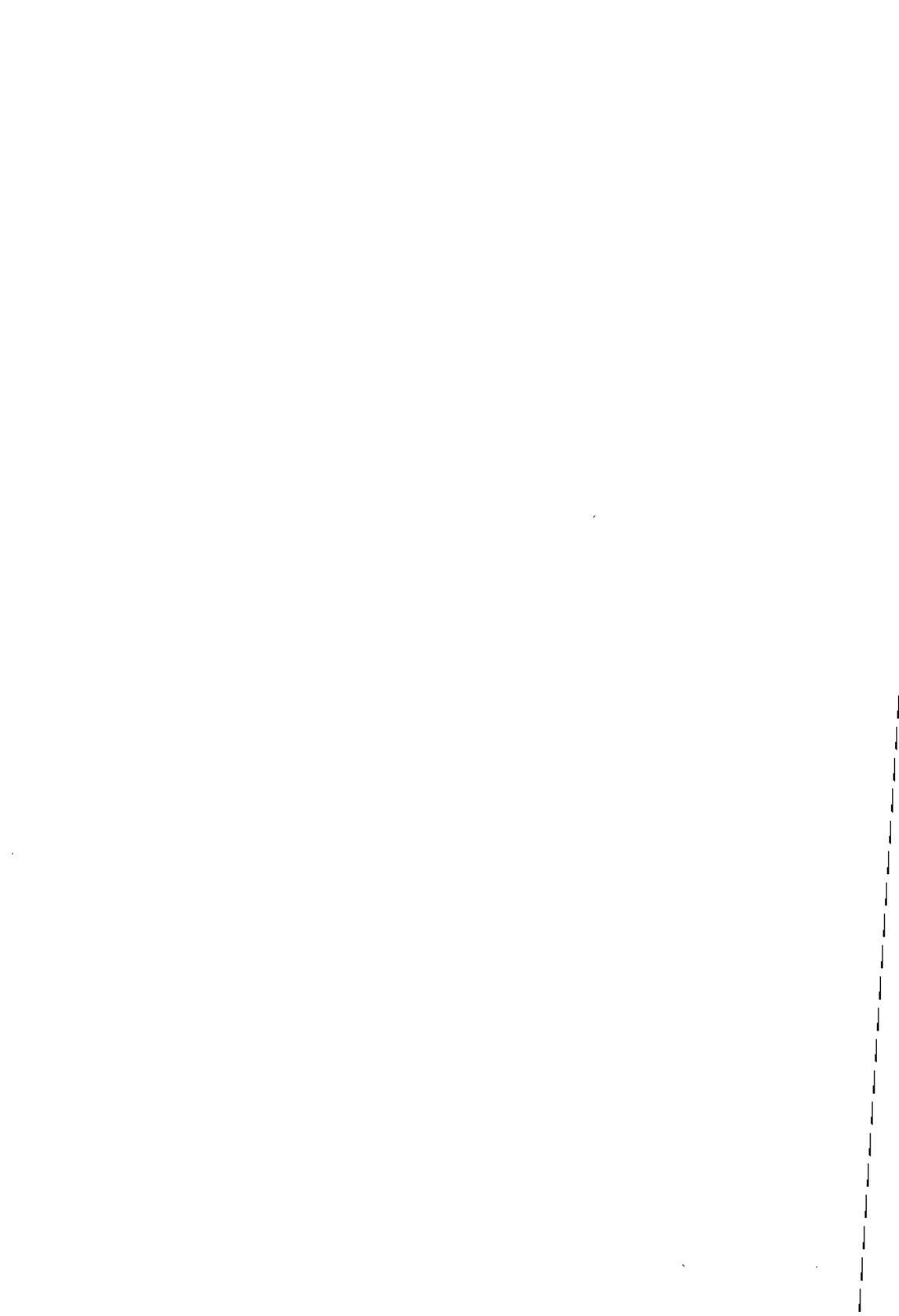
---

62) Così HASSEMER, *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, I, p.110. Nello stesso senso, nell'ambito di un'ampia e per molti versi condivisibile indagine critica sul diritto penale economico, si veda il recente contributo di FORNASARI, *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale*, Milano 1994, p.142s.

63) Sulle cause che hanno determinato una svalutazione del ruolo del bene giuridico, da ultimo, cfr. PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in AA.VV. *Verso un nuovo codice penale. Itinerari - Problemi - Prospettive*, Milano 1993, p.101ss.; MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in corso di stampa, p.2ss. del dattiloscritto.

RAFFAELE CANTONE

IL RUOLO DEGLI ENTI CREDITIZI E DEGLI INTERMEDIARI FINANZIARI NELLA LEGISLAZIONE DI CONTRASTO AL RICICLAGGIO. IN PARTICOLARE: L'OBBLIGO DI IDENTIFICAZIONE E DI REGISTRAZIONE E LA SEGNALAZIONE DELLE OPERAZIONI SOSPETTE.



## **1. Cenni sul fenomeno del “riciclaggio” e sulla evoluzione della legislazione di contrasto.**

**1.1** La rilevante disponibilità di capitali di illecita provenienza da parte delle organizzazioni criminali è, senz'altro, un dato acquisito dalle indagini giudiziarie degli ultimi anni<sup>1</sup>. È un elemento che ha reso inattuale l'approccio tradizionale della repressione incentrato sugli individui. Una concezione moderna si caratterizza per una maggiore attenzione ai profitti illeciti.

Questi ultimi soltanto in piccola parte sono riutilizzati per investire in attività illegali, quali il traffico di droga, di armi, l'usura ecc.. Una più consistente percentuale necessita di procedure che li rendano “spendibili”. È proprio in questa fase che interviene il riciclaggio.

Il termine traduce un'espressione anglosassone (“money laundering”) e si riferisce a qualunque atto “finalizzato a nascondere o mascherare l'origine delittuosa del bene”<sup>2</sup>. Esso presuppone due momenti logicamente distinti ed indipendenti: nel primo, il danaro “sporco” derivante da illecito va reso pulito; nel secondo, va reimpiegato in attività legali.

Nell'ambito del fenomeno sommariamente descritto le tecniche utilizzate sono le più diversificate e tendono a modificarsi anche in conseguenza dell'acquisizione da parte delle associazioni criminali di nuove conoscenze economiche. Si assiste, infatti, alla tendenza ad allontanarsi dai sistemi classici di impiego -quali l'acquisto di beni immobili che ha regimi di pubblicità che lo rendono troppo visibile e quindi meno sicuro- e ad orientarsi verso il mercato finanziario, qualificato da maggiore riservatezza e impersonalità.

Non è casuale che intorno agli anni '80 le regioni meridionali, economicamente depresse ma con un alto tasso di presenza delinquenziale,

---

1) Per un'indagine sui profitti delle attività criminali, si rinvia a LAMBERTI, *Le indagini bancarie e patrimoniali. Il riciclaggio: forme e modi dell'investimento diffuso*, in *Quaderni CSM*, n°61, vol. IV, 1993, p.11ss.

2) Così TURONE, *Le tecniche di contrasto del riciclaggio*, in *Cass. pen.*, 1993, p.2952.

vedono proliferare società finanziarie e sportelli bancari, spesso di piccole aziende di credito locali, caratterizzati, fra l'altro, da breve vita.

Nello stesso ambito, il "lavaggio del danaro" conosce tecniche di progressiva sofisticazione che vanno dal deposito su libretti al portatore o richiesta di emissione di assegni circolari alle recentissime operazioni di "loan back"<sup>3</sup>.

**1.2. L'atteggiamento del legislatore, rispetto al fenomeno di cui si è fatto cenno, deve perseguire una duplice prospettiva: una sostanziale, di definizione e repressione delle condotte di riciclaggio; l'altra procedimentale, di disciplina della raccolta delle informazioni sulla circolazione del danaro da parte degli operatori finanziari nonché di previsione di un regime di collaborazione tra questi ultimi e le autorità inquirenti<sup>4</sup>.**

Cominciando dal primo degli aspetti, si verificherà, sia pure brevemente, l'evoluzione della normativa penale, che ha visto tre interventi legislativi in 15 anni.

I primi timidi passi risalgono al 1978 (D.L. 21/3/78 n°59 convertito nella legge 18/5/78 n°191) con l'introduzione nel codice penale di una nuova fattispecie di illecito: l'art.648bis<sup>5</sup>.

La norma nasceva in un clima certamente diverso da quello attuale e non aveva affatto l'ambizione di intervenire in modo risolutivo sulla delicata tematica del riciclaggio (non è casuale che nemmeno la rubrica della disposizione ne facesse cenno e discorresse più genericamente di "sostituzione di danaro o valori provenienti da rapina aggravata, estorsione aggravata o sequestro di persona a scopo di estorsione").

Incriminando i fatti o gli atti diretti a sostituire danaro o valori pro-

---

3) Con il sistema "loan back" nella pratica si intende una particolare forma di prestito. Il cliente si rivolge all'istituto finanziario e fornisce egli stesso, o a mezzo di prestanome, le garanzie necessarie per ottenere il richiesto prestito. Tali garanzie sono generalmente rappresentate da titoli liquidi o di facile liquidazione. In sostanza è una sorta di prestito a se stesso.

4) Sulle modalità dell'approccio legislativo, FLICK, *Tecniche di repressione della criminalità organizzata attraverso le indagini finanziarie e lotta alla criminalità economica*, in *Quaderni CSM*, n°61, vol. IV, 1993, p.35.

5) Sulla fattispecie introdotta dal D.L. 59/78, v. in particolare, REINOTTI, voce *Ricettazione e riciclaggio*, in *Enc. dir.*, vol. XL, Milano, 1989, p.461; PECORELLA, voce *Danaro (sostituzione di)*, in *Digesto pen.*, vol. III, Torino, 1989, p.366.

venienti da detti reati con altro danaro o altri valori, al fine di procurare a sè o ad altri un profitto o di aiutare gli autori dei delitti ad assicurarsi un profitto, si preoccupava di sanzionare in modo più grave -la pena era da 4 a 10 anni- condotte che precedentemente risultavano punite dalle disposizioni di cui agli artt.379 o 648 del codice penale<sup>6</sup>. Ciò, specialmente, nell'intento di fare terra bruciata nei confronti di quanti fiancheggiavano gli autori dei sequestri di persona, reati particolarmente sentiti in quegli anni.

La scarsissima applicazione della norma<sup>7</sup> conforta l'affermazione che essa non rappresentò uno strumento utile per la lotta al riciclaggio.

Con la legge 19/3/90 n°55 veniva novellato l'art.648*bis* ed aggiunta una nuova norma al codice sostanziale, l'art.648*ter*<sup>8</sup>.

La prima delle previsioni -finalmente rubricata "riciclaggio"- si distingueva dal previgente testo perchè accanto alla condotta tesa alla sostituzione del danaro e dei valori puniva anche quella di ostacolo all'identificazione della loro provenienza dai delitti contestualmente indicati. La seconda si proponeva di reprimere autonomamente l'impiego del danaro, di beni o utilità provenienti da delitto in attività economiche o finanziarie.

In questo modo, nella "intentione legis", entrambi i profili distintivi del riciclaggio (il "lavaggio" del danaro sporco e il riutilizzo dello stesso) avrebbero trovato un'adeguata risposta normativa. In realtà, però, a parte miglioramenti nella tecnica di formulazione della fattispecie astratta ispirati ad una più penetrante comminazione, rimaneva inalterato uno degli elementi che aveva contribuito al fallimento della disposizione anteriore: rimanevano, cioè, troppo limitati gli illeciti penali dai quali avviare una pratica

---

6) L'affermazione che buona parte dei comportamenti previsti dalla norma incriminatrice avrebbero potuto essere ricondotti all'una o all'altra delle due figure criminose è di ANTONISEI, *Manuale di Diritto penale, parte speciale*, a cura di Conti, Milano, 1986, p.364.

7) L'indagine sulla casistica giurisprudenziale evidenzia un'applicazione marginale quasi sempre collegata ai sequestri di persona. Nella pratica, poi, i maggiori problemi posti al vaglio della Cassazione hanno riguardato i rapporti con le figure di cui agli artt. 379 e 648 c.p.. Degna di nota appare la sentenza della Suprema Corte, sez. II, 2/2/83, LAPIA, in *Giust. pen.* 1984, II, p.296. idem in *Cass. pen.* 1984, p.2204, con nota di FERRARO, *Osservazioni su taluni aspetti problematici del delitto di riciclaggio*. Più di recente si era occupata del tema Cass. sez. II 23/2/90, FULLIN, in *Ced.* m.183472.

8) Sulla fattispecie introdotta dalla legge 55/90, v. principalmente FLICK, voce *Riciclaggio*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1991, vot. XXVII.

di riciclaggio ed il conseguente "impiego di danaro..."<sup>9</sup>. Alle tre figure di reato già considerate dal testo dell'art. 648*bis* come introdotto dal D.L. 59/78 (rapina, estorsione e sequestro di persona a scopo di estorsione) ne veniva aggiunta una sola (la categoria dei delitti concernenti la produzione ed il traffico delle sostanze stupefacenti).

Tale opzione restrittiva, ovviamente, comportava una significativa riduzione delle capacità operative della norma, frutto, forse, di una non ancora chiara conoscenza del fenomeno "criminalità organizzata" (erano del tutto trascurati alcuni fatti illeciti tipicamente utilizzati dalle organizzazioni delinquenziali come strumento di approvvigionamento di mezzi economici quali il contrabbando, l'usura o il traffico di armi).

Con la recente legge 9/8/93 n°328, che ha reso operante la Convenzione di Strasburgo del 1990, a distanza di appena tre anni, vengono riscritti gli articoli 648*bis* e *ter* del codice penale.

La normativa è espressione di una accelerazione della lotta al riciclaggio e si muove guidata da una filosofia di massimo ampliamento delle due prescrizioni sanzionatorie.

Esse, infatti, non vengono più ricollegate ad una specifica categoria di reati-presupposto ma a quella più generale di "delitto non colposo"<sup>10</sup>. Diversa risulta, poi, la condotta incriminata dall'art. 648*bis*<sup>11</sup>, che punisce la sostituzione, il trasferimento di beni o altre utilità provenienti da delitto ovvero il compimento di operazioni atte ad ostacolare la loro riconducibilità all'origine criminosa.

La norma, così come strutturata, si presta senza dubbio per una sua "duttibilità" ad una maggiore capacità applicativa anche se non vanno taciuti i rischi cui l'eccessiva indeterminatezza della fattispecie può dar luogo<sup>12</sup>.

---

9) Si tratta di una critica ricorrente nella dottrina che ha studiato il fenomeno, per tutti FLICK, *Tecniche di repressione...*, cit. p.40

10) Per una positiva valutazione della modifica, TURONE op. cit., p.2953.

11) Per una prima disamina della nuova ipotesi di reato, AMATO, *Il riciclaggio dei profitti delle attività illecite con particolare riguardo agli investimenti in opere ed oggetti d'arte: nuove prospettive sanzionatorie ed investigative*, in *Foro It.*, IV, 1994, p.220.

12) È chiaro che così come è scritta la norma si presta ad applicazioni non necessariamente collegate a fatti di riciclaggio in senso stretto; si pensi alla fattispecie prospettata in dottrina del soggetto che riceve assegni circolari sottratti in bianco e provveda a compilarli ed a metterli in circolazione; così AMATO, op. cit., p.224.

1.3. L'altro approccio del legislatore, sopra definito di natura procedimentale, si occupa del mercato finanziario. Se, infatti, attraverso questo comparto economico si verificano molte operazioni di "money laundering", allora è necessario un intervento su di esso che da un lato elimini le condizioni favorevoli allo sviluppo del riciclaggio, dall'altro sviluppi una collaborazione da parte degli operatori del settore per garantire agli inquirenti le informazioni necessarie per le indagini.

Ciò è avvenuto con la legge 5/7/91 n°197 -nota nella pratica come "legge antiriciclaggio"- che ha convertito, con modifiche, dopo un tormentato percorso parlamentare, il decreto 3/5/91 n°143, già frutto di plurima reiterazione per mancata conversione<sup>13</sup>.

L'articolato, però, non nasce "ex abrupto". Al contrario, oltre a far propria l'esperienza derivata da qualche sporadico precedente legislativo, trova un terreno ormai fertile per l'attività di impulso svolta, a livello internazionale e nazionale, anche dagli organi che sovrintendono al mercato finanziario e creditizio. Questi ultimi<sup>14</sup> avevano anticipato alcuni aspetti della legge e, in special modo, avevano evidenziato il pericolo per il medesimo mercato di rimanere contaminato da manovre illecite. A tal fine avevano posto in rilievo la necessità di reagire al prepotente tentativo di inquinamento da parte delle organizzazioni criminali, predisponendosi ad una fattiva collaborazione con le autorità inquirenti<sup>15</sup>.

La legge 197/91 segue un duplice binario: da un lato si preoccupa di limitare il carattere di impersonalità e segretezza delle operazioni finanziarie che avevano reso problematica l'attività investigativa, responsabi-

---

13) Per una critica all'abuso della decretazione d'urgenza nella delicata materia, NUNZIATA, *Nuova normativa anti-riciclaggio e suoi limiti*, in *Questione Giustizia*, 1991, p.269.

14) Ci si riferisce, in special modo, alla "Dichiarazione dei principi" di Basilea del 1988 adottata dai rappresentanti delle Banche centrali dei paesi più industrializzati, diffusa con nota illustrativa dalla Banca d'Italia e successivamente nel 1989, recepita da un accordo interbancario dell'ABI ed alle Raccomandazioni del Gruppo di Azione Finanziaria (GAFI) fondato dai governi dei paesi più industrializzati del 1989.

145 Sul rapporto degli organismi che sovrintendono al settore finanziario, DONADIO, *L'indagine bancaria: l'organizzazione del sistema. Strumenti e metodi di indagine*, in *Quaderni CSM*, n°61, vol. IV, 1993, p.49ss.. Sull'evoluzione a livello internazionale della normativa, CUCUZZA, *Lotta al riciclaggio, alcuni profili internazionali*, in *Il Fisco*, 1993, p.3752 che ripercorre tutte le tappe dalla Convenzione di Vienna del 1988 alla direttiva CEE del 1991.

lizzando, nello stesso tempo, gli operatori, gravati da obblighi di collaborazione attiva<sup>16</sup>; dall'altro, ritiene funzionale agli scopi, una normativa di moralizzazione del settore, sviluppatosi, particolarmente per quanto concerne gli scambi dei prodotti finanziari, senza regole.

Conseguentemente anche la disciplina contenuta nel decreto antiriciclaggio si distingue in due parti. Una prima riguarda gli obblighi imposti agli istituti finanziari e creditizi diretti a rendere visibili i negozi compiuti; una seconda che investe l'esercizio delle attività finanziarie regolando l'accesso al settore -non più lasciato all'assoluta libertà (sul punto si rinvia alla relazione del prof. A. Castaldo)- anche attraverso l'introduzione di requisiti di onorabilità dei soci e degli esponenti<sup>17</sup>.

La nostra attenzione si incentrerà sul primo aspetto con l'approfondimento degli istituti disciplinati rispettivamente negli art.2 e 3 della legge 197/91 e cioè gli "obblighi di identificazione e di registrazione" e le "segnalazioni delle operazioni sospette".

## 2. L'obbligo d'identificazione e di registrazione.

2.1. L'istituto non è una peculiarità della legge antiriciclaggio, essendo stato già in passato utilizzato dall'art.13 del decreto legge 15/12/79 n°625 convertito nella legge 6/2/80 (c.d."decreto Cossiga").

L'art.2 della l.197/91 si è limitato ad una semplice rinnovellazione del vecchio testo, già oggetto di altra modifica, forse nell'intento di evidenziarne una continuità temporale. In realtà, non collocandosi quell'articolo in alcun insieme organico, sarebbe stato opportuno abrogarlo, inserendo di contro l'istituto nel più coerente corpo delle misure antiriciclaggio. Tuttavia, risulta utile nell'indagine partire dall'archetipo, anche per rimarcare le rilevanti novità apparse nell'ultima riscrittura.

La originaria disposizione, apparsa in un decreto emanato per fronteggiare il terrorismo politico<sup>18</sup>, avrebbe dovuto rappresentare un mezzo

16) Per una panoramica completa sulla normativa antiriciclaggio, PISANTI, *Alla ricerca del denaro sporco. Le procedure operative per la lotta al riciclaggio*, in *Il Fisco*, 1992, p.8101

17) Su quest'aspetto della disciplina, CALABRIA, *La disciplina degli intermediari finanziari nella normativa antiriciclaggio*, commento ai capi II e III, D.L. 3 maggio 1991 n°143 convertito in l. 5 luglio 1991 n°197, in *Inpresa*, 1992, p.56.

18) È emblematico il titolo del provvedimento di urgenza: *Misure urgenti per la tutela dell'ordine democratico e della sicurezza pubblica*. Sulla fattispecie dell'art.13 si veda ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Leggi complementari*, a cura di Conti, Milano, 1987, p.631.

per rendere conoscibili gli ingenti depositi di somme di danaro provenienti dai sequestri di persona<sup>19</sup>.

Si prevedeva un obbligo di identificazione per "chiunque compi[va] presso uffici della pubblica amministrazione, vi compresi gli uffici postali, nonché presso aziende o istituti di credito operazioni che comporta[va]no versamento, riscossione o prelevamento di danaro per somme non inferiori a lire 20.000.000". La successiva registrazione doveva essere effettuata da parte "del personale degli uffici e delle aziende o degli istituti medesimi, incaricato dell'operazione" e consisteva in un'annotazione su apposito registro o in altra scrittura, formata anche a mezzo di sistemi elettrocontabili, della data dell'operazione, dell'importo, dei dati anagrafici dell'autore nonché del documento di identificazione da lui esibito. Queste annotazioni andavano conservate per 10 anni.

Al descritto contenuto precettivo, era giustapposta una sanzione penale, applicabile sempre che il fatto non costituisse più grave reato, di natura contravvenzionale -arresto fino a sei mesi o ammenda da lire 200.000 a 2.000.000- per infrazioni del prescritto *modus agendi*. La disposizione attribuiva, infine, al Comitato Interministeriale per il credito ed il risparmio il potere di dettare le modalità attuative.

Se la norma rivestiva un pregnante significato ideologico, trattandosi di una prima messa in discussione del principio di impersonalità e segretezza delle operazioni finanziarie e di quello di neutralità del danaro (espresso nella celeberrima massima "*pecunia non olet*"), non di uguale intensità potevano considerarsi i risultati ottenuti rispetto alla meta prefissata. Difatti, i meccanismi che permettevano di eludere la registrazione apparivano molteplici e, spesso, tutt'altro che complessi.

Tra i soggetti su cui gravava l'obbligo identificativo erano esclusi tutti quelli agenti nel campo strettamente finanziario, con evidente, agevole riflusso su di essi di danaro di poco limpide fonti<sup>20</sup>.

L'obbligo di registrazione era ristretto alle sole movimentazioni di

19) Così DONADIO, *L'indagine bancaria...*cit., p.50.

20) Si è sostenuto in dottrina che "il sistema bancario ha sopportato con rassegnazione in questi anni questo onere burocratico pressochè inutile, forse per la preoccupazione di sollecitare indirettamente una maggiore permeabilità del segreto bancario". Così NUNZIATA, op. cit. p.270; idem, *Italia: frode fiscale e riciclaggio nell'esperienza legislativa e giudiziaria*, in *Rassegna tributaria. Quaderni di dottrina*, n°10, Roma-Milano, 1992, p.120.

danaro contante<sup>21</sup> sottraendovi, quindi, tutte quelle relative a titoli anche di facile liquidazione.

Inoltre, la norma si prestava a facili aggiramenti anche con riferimento al soggetto che compiva la movimentazione, potendo questi farsi sostituire da uno o più prestanomi, i quali ultimi non erano tenuti ad indicare le generalità dell'interessato finale<sup>22</sup>.

Quanto all'aspetto oggettivo, la disposizione non prevedeva alcun sistema precipuamente antieufusivo: in "fraudem legis" bastava porre in essere due versamenti distinti, più o meno contestuali che insieme superavano il tetto dei 20 milioni.

Nè appare possibile una verifica della concreta applicazione della sanzione penale, perchè anche a causa delle continue amnistie e della possibilità di estinguere il reato per oblazione, non si rinvergono rilevanti pronunce della giurisprudenza<sup>23</sup>.

**2.2.** La norma era stata già riformulata completamente per intervento dell'art.30 della legge 19/3/90 n°55<sup>24</sup>. L'obiettivo perseguito era di una razionalizzazione dell'istituto e di un suo utilizzo a supporto della lotta ingaggiata contro il riciclaggio. Non è casuale che nello stesso testo legislativo fosse contenuto il primo riferimento espresso al riciclaggio, attraverso la modifica della rubrica dell'art.648bis c.p..

Innanzitutto, l'obbligo di identificazione toccava chiunque compisse operazioni comportanti "trasmissione o movimentazione di mezzi di pagamento di qualunque tipo"<sup>25</sup> e non più soltanto del danaro. Esso gravava

21) Sia pure da intendersi, secondo le indicazioni operative del CIRC del 29/11/79, come qualunque tipo di movimento sia per cassa, sia per corrispondenza sia per cassa continua sia attraverso operatori specializzati.

22) A tal fine va detto che le disposizioni attuative del CIRC avevano tentato di porre riparo a tale inconveniente prevedendo che l'obbligo di identificazione dovesse riguardare anche il soggetto "cui va riferita l'operazione".

23) Così DONADIO, *L'indagine bancaria..* cit., p.50. Un'indagine svolta presso il massimario CED della Cassazione conferma l'affermazione dell'autore.

24) Sulla norma introdotta dalla l. 55/90, CUCUZZA, *Lotta al riciclaggio: una sfida per gli anni 90*, in *Il Fisco*, 1990, p.4809.

25) In sede attuativa il Ministero del Tesoro con decreto 4/7/90 emesso in vece del CIRC, a cui il comma 2 dell'art.30 l. 55/90 concedeva il potere di emanare disposizioni attuative, utilizzando la procedura d'urgenza prevista dall'art.6 del D.lvo Capo provvisorio dello stato n°691 del 17/7/47, stabiliva che per mezzi di pagamento si intendono, oltre al danaro contante, gli assegni circolari e bancari, ivi compresi i vari tipi di assegni turistici, i titoli speciali dell'istituto di emissione, i titoli speciali del Banco di Napoli e del Banco di Sicilia, gli assegni ed i vaglia postali".

non più esclusivamente su personale degli enti creditizi e degli uffici della pubblica amministrazione, ma anche sugli operatori finanziari e di borsa iscritti in albi o soggetti ad autorizzazione amministrativa nonché sul resto degli operatori finanziari e di borsa al cui capitale partecipavano, anche per il tramite di società controllate o di società fiduciarie o per interposta persona, gli enti creditizi e gli altri operatori finanziari e di borsa menzionati.

In secondo luogo, per cautelare l'effettività della punizione di condotte altrimenti elusive della previsione, veniva introdotta un'ulteriore ipotesi di obbligo di identificazione e di registrazione. Quest'ultimo scattava quando per la natura e le modalità delle operazioni poste in essere si poteva opinare che più operazioni cronologicamente diverse ma ravvicinate, "ancorchè inferiori al limite di importo...non [erano] che parti di un'unica operazione".

Oltre al nuovo dovere a carico di chi poneva in essere la trasmissione o la movimentazione dei mezzi di pagamento di fornire le complete generalità del soggetto nel cui interesse la stessa fosse avvenuta cosicché anche dei dati personali del terzo rimanesse traccia, sostanzialmente intatte erano conservate le pratiche di registrazione ed i tempi di giacenza delle annotazioni (10 anni).

A differenza del modello dell'art.13, il legislatore non riteneva di predeterminare l'importo delle operazioni che innestavano l'obbligo di identificazione, preferendo, per ragioni di elasticità, lasciare tale specificazione al Ministro di Grazia e Giustizia che avrebbe dovuto provvedervi con decreto, previo concerto con il Ministro del Tesoro e sentito il CICR (ma il decreto emanato di lì a poco rifissò il limite d'importo a 20 milioni).

Affidata ancora alla normazione secondaria era la possibilità di introdurre modalità attuative, lasciata anche stavolta al CICR dall'art.30, comma 2, della l.55/90<sup>26</sup>.

Del profilo sanzionatorio restava virtualmente immutata la tecnica di stesura con l'indicazione generica di un'unica sanzione -applicabile, comunque, sempre in via sussidiaria- per la violazione di ogni precetto della norma; quindi, sia per l'omissione dell'obbligo di identificazione, sia per la violazione di quello di custodia delle annotazioni, sia, infine, per la violazione dei criteri di registrazione. Diversa, però, era la pena adottata, di na-

---

26) Si è detto nella nota che precede come nella pratica sia stato utilizzato il potere di delega regolamentare previsto dal comma 2 dell'art.30 l. 55/90 al CICR.

tura pecuniaria anche se rictrante nella "species" della multa (da 5 a 25 milioni).

Un'autonoma previsione, pure delittuosa, (reclusione da 1 mese ad 1 anno e multa da 1 a 20 milioni) era stabilita per colui che non avesse rivelato, o lo avesse fatto falsamente, l'identità del soggetto per cui l'operazione veniva portata a termine.

Tra le più interessanti novità recate dalla legge 55/90, accanto all'allargamento del novero degli obbligati all'identificazione e delle operazioni interessate, va certamente ricordata quella relativa alle operazioni c.d. frazionate.

Si è già detto dell'intento con essa perseguito dal legislatore. In sede di dettaglio attuativo, però, il decreto del Ministro del Tesoro del 4/7/90 restringeva la portata dell'obbligo di registrazione attraverso un'interpretazione secondo cui le operazioni sottopostevi erano solo quelle realizzate presso il medesimo sportello e nell'arco di una giornata lavorativa.

Tacendo dei dubbi di legittimità dell'intervento ministeriale, non è arduo pensare che la disposizione dovesse soddisfare una "richiesta" del settore finanziario. Era necessario far fronte al panico lì ingeneratosi per l'imposizione di un adempimento di notevole ampiezza e genericità ed accompagnato da una sanzione criminale.

Degna di rilievo era anche la scelta del tipo di sanzione penale: il legislatore optava per la sua costruzione come delitto, sia pure punito con la sola multa. L'opzione andava accolta con favore sul piano della prevenzione generale positiva, in quanto al trasformazione del più grave *genus* della tipologia sanzionatoria criminale dimostrava la volontà di riconnettere al comportamento una più forte disapprovazione sociale.

Si trattava, però, dal punto di vista pratico, di una modifica inopportuna specialmente con riferimento all'elemento psicologico, atteso che comportava la punibilità dei soli fatti dolosi. La natura contravvenzionale, al contrario, avrebbe garantito la tenuta affittiva anche nei confronti di eventi colposi, normalmente determinati da omissioni, aumentandone l'efficacia general-preventiva negativa, e semplificando anche la prova dell'elemento psicologico, onere assai arduo proprio in caso di operazioni frazionate.

**2.3.** A distanza di circa un anno dall'ultima modifica, il decreto Cossiga vede ancora una parziale riscrittura.

L'esame comincia dall'ambito soggettivo dell'identificazione. Quest'ultima deve riguardare chiunque compie operazioni che comportano trasmissione o movimentazione di mezzi di pagamento di qualsiasi tipo che

siano d'importo superiore a 20 milioni<sup>27</sup>. Se l'operazione viene mediata da altri, l'identificazione deve riguardare sia l'esibitore o il presentatore sia il destinatario degli effetti. La previsione viene resa effettiva onerando l'esecutore materiale di far noto chi sia realmente interessato all'operazione.

Obblighi di identificazione, dal 1 gennaio 1992, gravano sulle pari contraenti conti, depositi o altri rapporti continuativi e a prescindere assolutamente dal loro ammontare valutario<sup>28</sup> nonché su colui che pone in essere operazioni volutamente frazionate. Su tale ultimo aspetto, però, ci si diffonderà più avanti.

Molto più esteso si palesa anche l'insieme dei "luoghi" presso cui il più volte citato obbligo scatta: accanto agli enti creditizi, agli uffici della p.a., vengono elencate le società di intermediazione mobiliare, le commissionarie ammesse agli antirecinti alle grida delle borse valori, gli agenti di cambio, le società autorizzate al collocamento a domicilio dei valori mobiliari, quelle di gestione dei fondi comuni di investimento mobiliare, fiduciarie, le imprese e gli enti assicurativi, le società di Monte Titoli S.p.A., gli intermediari che svolgono in via prevalente attività finanziarie (sotto qualsiasi forma, dalla locazione finanziaria, alla assunzione di partecipazioni, l'intermediazione di cambi, i servizi di incasso, pagamento e trasferimento di fondi anche mediante emissione e gestione delle carte di credito).

Per identificazione si intende l'annotazione della data, della causale dell'operazione, dell'importo dei singoli mezzi di pagamento, delle complete generalità e del documento di identificazione dell'istante, nonché delle complete generalità dell'eventuale soggetto per conto del quale l'operazione stessa viene conclusa. A far data dal 1 gennaio 1992 è richiesta pure l'annotazione del codice fiscale.

La registrazione delle informazioni assunte costituisce una delle novità salienti. Il legislatore va nel senso di agevolarne l'eventuale

---

27) Viene, quindi, rimpolpo dalla legge il limite d'importo obbligante l'identificazione. L'area, però, garantisce al Ministero del Tesoro la possibilità, per il futuro, di modificare con proprio decreto di concerto con altre autorità ministeriali. Sulla congruità del limite di importo, *ibidem*. *Primo note sulla legge anticiclaggio*, in *Banca Borsa e titoli di credito*, 1992, I, p.159 e dottrina ivi citata.

28) Per i conti già esistenti è previsto che l'acquisizione dei dati vada effettuata entro il 31 dicembre 1992.

atingimento anche da parte dell'autorità inquirente che ne facesse domanda. Ciò avviene statuendo che esse siano facilmente reperibili e che entro trenta giorni dall'acquisizione finiscano immagazzinate in un archivio unico -da istituire non decorsi sei mesi dalla pubblicazione del decreto- di pertinenza del soggetto presso il quale l'operazione è stata definita; e, inoltre, delineando un'omogenea tecnica di catalogazione: gli standars informatici, infatti, dovranno essere conformati a quelli approvati con decreto del Ministro del Tesoro<sup>29</sup>. Il termine entro il quale le annotazioni devono essere conservate è di 10 anni.

Il Ministro del Tesoro con decreto 19/12/91 ha completato la disciplina primaria<sup>30</sup> chiarendo i rapporti ai quali si estende l'obbligo identificativo<sup>31</sup>: si specifica il concetto di "mezzo di pagamento", locuzione che implica il danaro contante, gli assegni circolari e bancari, i titoli speciali dell'istituto di emissione, del Banco di Napoli e del Banco di Sicilia, gli assegni e i vaglia postali, gli ordini di accreditamento o di pagamento; si individua il significato di "conto, deposito ed ogni altro rapporto continuativo", designando con il primo termine ogni conto movimentabile ad esclusione di quelli transitori; con il secondo, tutto quanto non ricomprenda i certificati di deposito e titoli analoghi; con il terzo, un unico rapporto contrattuale di durata, rientrante nell'esercizio dell'attività istituzionale dell'intermediario, che possa dar luogo a più operazioni di versamento, prelievo o trasferimento di danaro o di altri valori (vanno qui ricompresi il rap-

---

29) Fino alla costituzione dell'archivio le informazioni devono risultare da appositi registri, come stabilito dal D.M. 19/12/91, art. 5. Il decreto di fissazione degli standars risulta emanato dal Ministero del Tesoro in data 7/7/92.

30) Le disposizioni applicative andavano emanate secondo il dettato dell'art. 4 comma 3 lett. c) della l. 197/91 che prevede un ampio concerto con altre autorità ministeriali e con il CICR. Il Ministero del Tesoro ha, invece, provveduto con un proprio decreto, sulla scorta del principio contenuto dal comma 2 dell'art. 30 della l. 55/90, capoverso non ritenuto abrogato dalla l. 197/91. Si tratta, riteniamo, di una procedura di dubbia legittimità, perchè il comma 2 dell'art. 30 della l. 55/90 sembrerebbe implicitamente abrogato proprio dall'art. 4 che prevede una regolamentazione completa ed innovativa per l'emanazione di norma secondarie di natura applicativa, quindi incompatibile con la precedente disciplina. Per le ragioni per le quali ha provveduto il Ministero e non il CICR si rinvia a quanto detto dalle note 25 e 26.

31) Per una disamina completa del decreto ministeriale, CUCUZZA, *Lotta al riciclaggio. Sono giustificate le critiche al sistema bancario?*, in *Il Fisco*, 1992, p. 9546.

porto relativo alle cassette di sicurezza ed i depositi chiusi, vanno invece esclusi quelli di garanzia)<sup>32</sup>.

2.4. Dell'istituto "*de quo*", si ritiene utile qualche ulteriore approfondimento inerente ai riflessi penali nonchè alle operazioni cosiddette frazionate.

Cominciando da queste ultime, va detto che il legislatore con due commi del nuovo articolo (2 e 3) ha percorso direttrici diverse: potenziare l'obbligo di identificazione per ragioni di più efficace aggressione dei mezzi elusivi e fornire sufficienti parametri di chiarezza.

Il comma 2 replica perfettamente la regolamentazione introdotta dall'art 30 della L.55/90. Diversamente, il comma 3 individua un termine preciso ("la settimana precedente il giorno dell'operazione") ed un ambito spaziale univoco ("le operazioni eseguite dal cliente presso la stessa sede dell'ente o dell'istituto") entro il quale poter riconoscere il frazionamento. La conoscenza, quindi, delle motivazioni del cliente, oggetto di eventuale apprezzamento unitario, dovrà passare attraverso "strumenti tecnici idonei" di cui il titolare dell'attività deve dotarsi entro il 7 luglio 1992.

Come si vede, è netto il contrasto con la volontà "minimalista" insita nel D.M. Tesoro 3/5/90, di cui si è detto prima. L'aver dato le specificazioni direttamente nel testo legislativo ha il chiaro significato di voler sottrarre al potere regolamentare un'occasione per interpretazioni abroganti.

Ma il citato D.M. attuativo 19/12/91 ha offerto, lo stesso, non pochi elementi discutibili.

Ha statuito che l'intervallo temporale -"la settimana precedente"- in relazione al quale esprimere le valutazioni sul carattere ripartito deve ritenersi comprensivo del giorno dell'operazione e dei giorni lavorativi ricompresi nei sette giorni precedenti, dando così la meno ampia tra le interpretazioni ammissibili.

---

32) Successivamente all'emanazione del D.M. 19/12/91 sono sorti numerosi dubbi applicativi dovuti alla portata di molte disposizioni contenute nel decreto. In seguito ai numerosi quesiti proposti al Ministro, quest'ultimo ha ritenuto necessario un nuovo intervento chiarificatore. Esso, però, con una procedura di dubbia legittimità si è attuato con un Comunicato (?) teso a fornire criteri generali per l'applicazione del D.M.. Per un'analisi del Comunicato e per le ragioni per le quali è stato preferito tale strumento tecnico si rinvia a ULISSI e DELL'OMO, *Rilevazioni delle operazioni e dei rapporti finanziari a carico degli intermediari*, in *Corriere Trib.*, 1992, p.2114.

Ha creato confusione mediante la sostituzione del termine "sede" con quello di "dipendenza", senza esplicitarne il senso<sup>33</sup>.

Con una disposizione transitoria ha infine voluto che, nelle more della dotazione degli strumenti tecnici, si riservassero i criteri per la valutazione unitaria solo alle operazioni concluse nella medesima giornata lavorativa e presso il medesimo sportello. In pratica, con un autentico colpo di mano, si è ripristinata una disciplina, uguale a quella introdotta dall'antecedente atto regolamentare, che preclude di fatto il riscontro concreto della fattispecie. Con la conseguenza pratica della paralisi definitiva della norma per il caso che degli strumenti tecnici i titolari dell'azienda finanziaria non si procurino la disponibilità senza ritardo, eventualità questa tutt'altro che remota per l'assenza di sanzioni verso gli inadempienti.

**2.5.** L'inottemperanza degli obblighi previsti dalla normativa produce di per sè sanzioni penali<sup>34</sup>, vale a dire indipendentemente dal fatto che un'attività di riciclaggio sia o meno concreta<sup>35</sup>.

Due sono direttamente espresse dallo stesso articolo 13 emendato (commi 7 e 8) e ripetono puntualmente il tenore del testo sortito dalla legge 55/90, una terza deriva "ex novo" dal comma 4 dell'art.5 della l.197/91.

La prima fattispecie sancisce: "salvo che il fatto costituisca più grave reato, il personale incaricato dell'operazione che contravviene alle disposizioni di cui ai commi precedenti, è punito con la multa da lire 5 milioni a lire 25 milioni"<sup>36</sup>.

33) Per chiarire cosa dovesse intendersi per "dipendenza" è intervenuto il Comunicato di cui sopra si è detto ed ha specificato che due sono i criteri che devono ricorrere congiuntamente: 1)essere un centro operativo autonomo; 2)essere incardinato nell'organizzazione aziendale. Sul punto, più diffusamente, v. ULISSI e DELL'OMO, op. cit., p.2116.

34) Critiche all'opzione per le sanzioni penali, piuttosto che per quelle amministrative, sono state mosse dal CUCUZZA, *Lotta al riciclaggio. Sono giustificate le critiche al sistema bancario?*, cit., p.9546ss.

35) In dottrina si è posto in evidenza che "ci si trova di fronte ad un regolamento <ostacolo>tendente a prevenire il fenomeno contrastato, con la quale si fissano sanzioni... per fatti in concreto non identificabili come sostituzione di danaro o valori provenienti da illecito e si anticipa la soglia di punibilità". Così MASI, op. cit. p.139.

36) Un problema pratico riguarda le ipotesi di più omissioni poste in essere contestualmente. Conformemente alla dottrina che se ne era occupata sotto il vigore del primitivo testo dell'art.13 riteniamo che essa non dia luogo a concorso di reati "trattandosi di ipotesi alternativamente rilevanti, ma cumulabili". Così ANTOLISEI, *Leggi complementari*, cit. p.632. Contra nel senso del concorso, v. DI AMATO, *Banche, controlli e sequestri*, Milano, 1981, p.43.

La presenza di una clausola di riserva mette in risalto la funzione di norma sussidiaria, chiamata a delineare un reato proprio perchè ascrivibile alla responsabilità del solo "personale incaricato dell'operazione"; una specificazione non priva di significato e capace, come si dirà, di meglio dettagliare la condotta punita, altrimenti determinata con approssimazione attraverso la opinabile tecnica del rinvio "*per relationem*" alle violazioni delle "disposizioni di cui ai commi precedenti".

La condotta normalmente si tipizzerà come omissiva in quanto le disposizioni di riferimento sono impositive di obblighi di azione<sup>37</sup>; però, l'inosservanza di qualunque obbligo integrerà gli estremi del delitto: stante la limitazione soggettiva solamente i doveri facenti capo al "personale incaricato dell'operazione" riusciranno penalmente protetti. Pertanto, non sanzionabili si rivelano le infrazioni degli obblighi gravanti direttamente sugli enti intermediari e, per loro, sui legali rappresentanti: *in primis*, quello di cui al comma 3 che fa carico agli stessi intermediari di dotare i dipendenti degli strumenti tecnici adatti a conoscere in tempo reale le operazioni perfezionate.

Un'interpretazione siffatta può essere condotta non solo sulla falsariga del testo, persuasivo nel senso che il "personale incaricato" configuri l'insieme dei soggetti materialmente concorrenti nell'operazione da registrare, ma anche su quella sistematica, essendo rinvenibile una differente comminatoria penale per un'ipotesi di inosservanza di prescrizioni dirette agli intermediari (art.5, comma 4, di cui *infra*).

Dalla natura di delitto scaturisce, da un lato, che l'elemento psicologico sarà ovviamente quello doloso, consistente di regola nella rappresentazione dell'azione da svolgere e nella volontà di non darvi corso, dall'altro, che omissioni ascrivibili a mera negligenza andranno esenti da pena. Se la natura dolosa dell'illecito trova concrete giustificazioni sotto il profilo della politica criminale (sul punto si rinvia a quanto già detto sopra), dal punto di vista pratico la probabilità di perseguire la mancata identificazione di colui che promuove operazioni frazionate si risolve in una percentuale minima, fatta di episodi di illiceità marchiana, statisticamente trascurabili. Del resto, la ricorrenza di elementi costitutivi suscettibili di valutazioni ad ampio spettro e fortemente soggettive ("per la natura e le modalità... si può

<sup>37</sup>) Un'ipotesi di delitto commissivo potrebbe essere individuata nel caso di registrazione carente o inesatta. Per un'individuazione dell'ipotesi di reato si rinvia a quanto detto con riferimento alla normativa introdotta dalla l. 55/90.

ritenero") agevola il ricorso a ogni sorta di scusanti (del tipo: io non ritenevo che potessero essere parti di un'operazione unica) che aspirano a revocare in dubbio l'intenzionalità della deficiente attivazione.

Altra ipotesi delittuosa è prevista nel comma 8. Punisce, salvo che il fatto non costituisca più grave reato, con la reclusione da sei mesi ad un anno e con la multa da lire 1 milione a 10 milioni "l'esecuzione dell'operazione che omette di indicare le generalità del soggetto per conto del quale eventualmente esegue l'operazione o le indica false".

Si è di nuovo in presenza di reato sussidiario, proprio, esclusivamente doloso e prevalentemente omissivo (diventa commissivo laddove vengano date false generalità), edificato come argine alla macchinazione di chi, facendo uso di prestanome, attenta alla trasparenza dei mercati.

La terza fattispecie, stavolta contravvenzionale, è indicata dall'art. 5, comma 4. Minaccia l'arresto da sei mesi ad un anno e l'ammenda da lire 10 milioni a lire 50 milioni per l'omessa istituzione dell'archivio unico. Non pone grossi problemi di natura ermeneutica: si tratta di reato proprio -la contravvenzione è, infatti, imputabile all'intermediario o, se persona giuridica, al suo legale rappresentante- e ovviamente omissivo, oltre che eventualmente permanente<sup>38</sup>.

### 3. La segnalazione di operazioni sospette.

**3.1** L'art. 3 della legge antiriciclaggio immette nel sistema giuridico italiano un elemento di eccezionale novità: le banche e gli enti finanziari in generale sono tenuti non solo ad incamerare dati ed a rispondere alle sollecitazioni delle autorità inquirenti, ma devono assumere l'iniziativa di far conoscere alle medesime autorità una serie di operazioni, che concluse presso i propri punti operativi, possano celare fenomeni di riciclaggio<sup>39</sup>.

La scelta è particolarmente interessante per il segno ideologico ed

38) Tale ultimo carattere si ricava dal termine apposto per l'adempimento del dovere che non ha natura essenziale e non esclude, quindi, una possibilità di successiva ottemperanza.

39) Per un'indagine sulla presenza di fattispecie analoghe in Gran Bretagna, Francia ed Usa, v. DONODIO, *L'indagine bancaria...*cit., p.52-53. Sulla situazione normativa in Svizzera v. LOMBARDINI, *La lotta contro il riciclaggio: la direttiva europea del 10/6/91 e l'esperienza Svizzera*, in *Cass. pen.*, 1993, p.2381.

emblematico che dà istituzioni private<sup>40</sup> sono raggiunte da obblighi di "denunce" tipici di organismi di carattere pubblico.

L'obbligo di segnalazione sorge per le operazioni che, in base ai dati in possesso dell'intermediario, per ragioni oggettive ("caratteristiche, entità, natura o qualsivoglia altra circostanza"), o soggettive ("capacità economica ed attività svolta") inducano a sospettare che il danaro, i beni o comunque le utilità impiegate provengano da taluno dei delitti indicati nell'art. 648bis c.p.

Tra le caratteristiche da sindacare avrà spazio la circostanza relativa alla pluralità di operazioni che non fossero giustificate dall'attività esercitata dal proprio esecutore, ovvero, qualora se ne potesse avere consapevolezza, che mettessero singolarmente capo a persone componenti un unico nucleo familiare o dipendenti o collaboratori di una stessa impresa.

Al dovere sono sottoposti tutti gli intermediari finanziari astrattamente abilitati al trasferimento di danaro contante e di titoli al portatore, cioè indipendentemente dal fatto di essere o meno titolari dell'abilitazione (in particolar modo: gli enti creditizi, gli uffici postali, le società di intermediazione mobiliare, le commissionarie ammesse agli antirecinti alle grida delle borse valori, gli agenti di cambio, le società autorizzate al collocamento a domicilio di valori mobiliari, quelle di gestione di fondi comuni, le fiduciarie, le imprese e gli enti assicurativi, le società di Monte titoli nonché tutti gli altri intermediari non elencati ma per i quali potrebbe essere concessa l'abilitazione).

Il modo in cui la segnalazione va fatta è diverso a seconda della grandezza degli intermediari. Per quelli di maggiori dimensioni sono previsti due livelli di analisi dell'operazione: il responsabile della dipendenza, dell'ufficio o di altro punto operativo indica quelle considerate "a rischio" al titolare dell'attività, al legale rappresentante o ad un suo delegato; questi ultimi, a loro volta, devono accertare se il sospetto sia fondato. Per tale ultima verifica alle notizie giunte dalla periferia si aggiungono quelle

---

40) Nessun dubbio circa il fatto che gli intermediari finanziari siano entità private. Dopo il d.p.r. n°350 del 1985 pare ulteriormente scontato che agli operatori bancari non dovesse più essere riconosciuta la qualifica di incaricato di pubblico servizio; conforme in dottrina, PAGLIARO, *Principi di diritto penale, parte speciale. Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1994, p.17, ed in giurisprudenza, da ultimo Cass. sez. un. 28/2/89, in *Foro It.*, 1989, II, p.506.

desumibili dall'archivio centrale nel quale sono stivate le operazioni anteriormente registrate. Per gli intermediari di minori dimensioni -cioè con un unico punto operativo o con meno di venti dipendenti- è apprestata una procedura snellita, in base alla quale è il legale rappresentante che giudica sussistenti o meno gli estremi per la segnalazione.

Destinatario di questa è il Questore del luogo nel quale è stata posta in essere l'attività finanziaria, il quale informa l'Alto Commissario -oggi, dopo l'abolizione dell'Ufficio, la DIA- ed il Nucleo speciale di polizia valutaria della Guardia di Finanza.

### 3.2. L'art.3 contiene anche altre indicazioni da non sottovalutare.

Il dovere di segnalazione viene presentato come scriminante della violazione dell'obbligo di segretezza ed esime da responsabilità di ogni tipo, salvi i casi di dolo. Si tratta di una indicazione rilevante essenzialmente per il diritto civile e invocabile dall'operatore convenuto in giudizio per una domanda di risarcimento<sup>41</sup>. L'esimente non sarà naturalmente applicabile in favore di chi agisce dolosamente e cioè con la consapevolezza dell'insussistenza dei presupposti e con la coscienza di arrecare danno al cliente nonchè per l'accidente che le informazioni venissero recapitate a enti diversi dall'Autorità di Polizia.

La norma, inoltre, prescrive che la segnalazione deve essere eseguita con modalità idonee ad evitare pregiudizio al corso delle indagini e che le Autorità destinatarie possono arrestare, quando ancora possibile, l'operazione<sup>42</sup>.

Infine si prescrive agli intermediari la strada di adeguamento alle procedure verso la prevenzione del riciclaggio, mediante potenziamento dell'apparato di controllo e riscontro interni nonchè organizzazione di programmi di addestramento e formazione del personale.

### 3.3. Come per l'obbligo di identificazione e registrazione, anche

---

41) È chiaro che l'indicazione normativa, nella sua voluta genericità, contiene un'esimente rispetto anche alle altre ipotesi di responsabilità (disciplinare, contabile, amministrativa etc.).

42) Si ritiene che sulla scorta di tale principio possano essere adottate anche delle misure restrittive provvisorie nei confronti di beni che, non essendo necessariamente corpo del reato, non potrebbero essere sequestrate ex artt.253 e 354 c.p.p..

qui le trasgressioni danno luogo a conseguenze sanzionatorie.

Due sono le ipotesi. Vediamo quella criminale: viene punito con l'arresto da sei mesi ad un anno o con l'ammenda da lire 10 a 100 milioni, sempre che il fatto non costituisca più grave reato<sup>43</sup>, colui che dia comunicazione dell'operazione ritenuta sospetta a soggetti diversi dalle Autorità destinatarie *ex lege*.

Si tratta di una norma fondamentale per la tutela del cliente, che non deve subire riflessi negativi dall'eventuale divulgazione della segnalazione, visto che essa non presuppone necessariamente l'accertamento di un illecito ma un mero sospetto. Preoccupazione non secondaria è di evitare, comunque, una fuga di notizie, pericolosa per le indagini ipoteticamente promosse.

In tal senso apprezzabile appare l'opzione verso il reato non proprio (è punibile chiunque, acquisita la conoscenza, la propaghi) e di specie contravvenzionale (che consente la punizione anche di condotte colpose).

Passiamo alla sanzione amministrativa: consegue all'omissione del dovere di segnalazione e comporta, salvo che il fatto abbia dignità di reato, il pagamento di una somma di danaro fino alla metà del valore dell'operazione.

La scelta legislativa non è passata immune da censure in dottrina. Si è detto che le pene amministrative sono scarsamente efficaci e senza forza deterrente nel caso in discussione<sup>44</sup>. Mantenedosi sul piano dell'illiceità penale il legislatore avrebbe mostrato più coerenza data l'importanza conferita al nuovo istituto<sup>45</sup>.

In realtà se è innegabile che una sanzione criminale sarebbe stata una risposta più adeguata e coerente con le scelte di politica criminale effettuate in altri articoli dello stesso decreto antiriciclaggio -basta guardare alle pene minacciate dall'art.2- esistono non poche ragioni a sostegno dell'opzione del legislatore. In primo luogo, l'obbligo la cui inosservanza rende

43) Per il vero il comma 4 dell'art.5 recita testualmente "salvo che il fatto costituisca reato". Trattasi, evidentemente, di un errore intervenuto in sede di conversione del decreto che originariamente prevedeva una sanzione amministrativa. Così CUCUZZA, *Lotta al riciclaggio. Sono giustificate le critiche al sistema bancario?* cit., p.9546.

44) In pratica la sanzione potrebbe essere considerata un rischio di impresa accettabile come costo aggiuntivo. Per la critica sull'inefficacia della sanzione v. NUNZIATA, *Nuova normativa antiriciclaggio e i suoi limiti*, cit. p.279.

45) Così CUCUZZA, op. ult. cit., p.9543

irrogabile la pena appare alquanto generico, cosa per cui la costruzione di un reato sarebbe risultata di malferma costituzionalità per la violazione del principio di tassatività<sup>46</sup>. Inoltre, la afflizione ferma al rango amministrativo è teoricamente di più facile applicazione potendo colpire anche accadimenti colposi e richiedendo un procedimento a contraddittorio eventuale. Nè vanno pretermesse considerazioni di opportunità, connesse alla necessità di evitare una "criminalizzazione" degli operatori finanziari<sup>47</sup>.

La precettività meramente sussidiaria, però, della previsione sanzionatoria non esclude che all'omissione possa essere ricollegato un illecito penale.

Accantonata l'ipotesi in cui l'operatore finanziario sarà riconosciuto complice del riciclatore (in tal caso risponderà del delitto secondo le regole del concorso), è da prendere in considerazione il caso che possa applicarsi la fattispecie contravvenzionale, assolutamente desueta, dell'art.709 c.p.<sup>48</sup>. Quest'ultima punisce con l'arresto sino a sei mesi o con l'ammenda fino ad 1 milione chiunque riceve danaro o comunque cose provenienti da delitto senza essere a conoscenza della loro provenienza ed omette di darne comunicazione all'Autorità, una volta conosciuta l'illecita provenienza.

L'analogia strutturale con l'istituto introdotto dalla legge antiriciclaggio è indiscutibile<sup>49</sup> anche se le due ipotesi sono tra di loro in rapporto di interferenza che non automaticamente diviene di specialità, nemmeno reciproca.

La pena contravvenzionale è, infatti, riservata all'omesso avviso all'autorità da parte di chi, ricevuti danaro e cose provenienti da delitto in

46) La dottrina dominante ritiene che il criterio della tassatività operi in modo meno penetrante nei confronti delle sanzioni amministrative, così MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 1988, p.933.

47) Favorevole alla costruzione dell'illecito come amministrativo è LO FORTE, *Esperienze e prospettive nazionali e internazionali per l'individuazione dei patrimoni e dei flussi finanziari di origine illegale*, in *Quaderni CSM*, n°70, vol. II, 1994, p.267.

48) Sulla contravvenzione di cui all'art.709 c.p.v. le scarse indicazioni contenute in ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale, parte speciale*, a cura di Conti, Milano, 1986, p.374. Per una riprova della desuetudine della norma, basta verificare l'assenza di decisioni giurisprudenziali nelle esposizioni di giurisprudenza, così *Esposizione di giurisprudenza sul codice penale*, a cura di BRANCACCIO e LATTANZI, vol. V, Milano, 1990, p.543.

49) La necessità di coordinare l'istituto dell'art.3 con il reato di cui all'art.709 c.p. è affermata da NUNZIATA, *op. ult. cit.*, p.276.

buona fede, abbia successivamente appreso della loro illecita provenienza. Alla fattispecie di cui all'art.5 l.197/91, invece, non è indefettibile la conoscenza dell'origine in uno dei delitti dell'art.648bis c.p., essendo sufficiente il nudo sospetto, senza che importi la sua insorgenza nel momento del ricevimento del bene oppure successivamente.

Gli stessi confini delle due norme sono diversi: l'obbligo dell'art.3 scatta non solo nel caso di ricevimento del danaro o di cose ma per qualsivoglia operazione bancaria.

In conclusione, costituirà reato l'omissione della segnalazione solo quando l'operatore, ricevuti beni o cose dal cliente, abbia avuto in seguito la certezza della provenienza da delitto.

**3.4.** La legge, fin dalla sua promulgazione, ha incontrato non poche difficoltà proprio sul terreno della concreta efficacia<sup>50</sup>.

Dal punto di vista strutturale denuncia gravi problemi legati alla individuazione delle operazioni sospette: gli indici forniti dal legislatore sono sembrati, nella loro genericità, insufficienti a consegnare nelle mani dei destinatari criteri seriamente discriminanti per orientarsi sul crinale del "sospetto".

Fonte di incertezza è stato ancora il collegamento con il delitto-pre-supposto dell'art.648bis c.p.. Fino alla recente modifica della legge 328/93, l'operatore che avesse inteso inviare la segnalazione non doveva genericamente nutrire dubbi circa la provenienza illecita dei beni ma detenere elementi che confortassero l'idea della provenienza dai delitti di rapina aggravata, estorsione aggravata, sequestro di persona a scopo di estorsione e delitti concernenti la produzione o il traffico di sostanze psicotrope; con l'effetto che se avesse ritenuto di poter collegare un certo delitto la movimentazione finanziaria (ad esempio contrabbando, delitti contro la pubblica amministrazione) non era tenuto a darne comunicazione all' Autorità<sup>51</sup>.

---

50) La dottrina, invero, sin dall'emanazione della legge 197/91 aveva frenato gli entusiasmi di chi intravedeva nella norma un momento essenziale nella lotta al riciclaggio, evidenziando la natura più emblematica che pratica della norma di cui all'art.3 così, FLICK, *Tecniche di repressione* ...cit., p.44; allo stesso modo CUCUZZA, *La lotta al riciclaggio non decolla*, in *Il Fisco*, 1992, p.44 che rileva come in nessun caso le indagini sul riciclaggio abbiano preso spunto dalla segnalazione di operatori finanziari.

51) Conforme NUNZIATA, op. ult. cit., p.276.

Ai problemi di struttura della fattispecie si sono sommate le prevedibili resistenze prodotte da ogni norma che impone a privati obblighi di denuncia: ne è esempio lampante proprio l'oblio in cui è caduto l'art. 709 c.p.. E le complicazioni specifiche sono poi risultate maggiori a causa delle peculiarità dei soggetti onerati. Operando, infatti, gli intermediari finanziari in un regime di forte concorrenza, è stato imperante il timore che volontarie elusioni del dovere di collaborazione potessero aiutare i contravventori nella conquista di appetibili quote di mercato, potendo il comportamento in parola risultare preferito ad un certo tipo di utente. Inoltre lo stesso atteggiamento avrebbe garantito agli evasori di stare al riparo da inimmaginabili ritorsioni di quei clienti che non avessero "gradito" le segnalazioni alle Autorità di Polizia.

Tutto quanto da ultimo prospettato ha, ovviamente, abbattuto il numero delle segnalazioni comunicate, che sono state pochissime e per lo più provenienti da istituti bancari ed assicurativi mentre nessuna è giunta dai fondi di investimento<sup>52</sup>.

3.5. La situazione descritta si è modificata a causa di due eventi che vi hanno sensibilmente inciso.

Al primo già si è fatto cenno: la modifica dell'art. 648bis c.p. ad opera dell'art. 4 della legge 328/93. L'intervento legislativo è suscettibile di immediati riflessi sull'obbligo di collaborazione degli intermediari finanziari: poichè l'art. 3, invero, rapporta al sospetto sulla provenienza dei beni dai reati-fonte di cui all'art. 648bis il parametro normativo che dovrebbe attivare l'iter della segnalazione, applicandosi la categoria dei delitti-presupposto del riciclaggio (ora tutti i delitti non colposi), si aumenta il numero dei reati da cui partire nel processo che perviene finalmente alla genesi del sospetto<sup>53</sup>.

Il secondo degli eventi, di poco antecedente dal punto di vista cronologico, è il prodotto di una iniziativa della Banca d'Italia. Per rimuovere ostacoli dinanzi al compito che il sistema creditizio e finanziario è chiamato ad assolvere dall'art. 3 della l. 197/91, nel gennaio 93 sono stati emanati

---

52) Fino a metà del 1992 le segnalazioni risultano in numero di 12 (!): il dato è tratto da CUCUZZA, *La lotta al riciclaggio non decolla*, cit. p.46. I dati non risultano migliorati nel 1993, stando ad uno studio del CNEL che verificava il numero insignificante delle segnalazioni giunte.

53) Così TURONE, op. cit., p.2962.

suggerimenti operativi per la segnalazione di operazioni sospette.

È nato così quel documento divenuto famoso nella pratica come "il decalogo"<sup>54</sup>. Mentre risponde alle esigenze degli intermediari di essere indotti a seguire linee di comportamento non divergenti, che possano magari ridurre l'incertezza normativa, al contempo tenta di escludere i comodo alibi graziosamente offerti da questa censurata vaghezza e che di fatto avevano paralizzato la fattispecie.

L'intenzione dell'Istituto di Emissione è di dare non solo alle banche -sottoposte per legge alla sua vigilanza- ma anche agli altri intermediari un contributo soprattutto tecnico che permetta "l'assunzione di uniforme regole di comportamento ...[per] evitare alterazioni nelle condizioni di concorrenza e nel funzionamento dei mercati"<sup>55</sup>.

Il decalogo è diviso in tre parti: una prima, introduttiva; una seconda, casistica; una terza, valutaria:

È evidente che l'importanza del documento risieda nelle ultime parti.

Per quanto riguarda la casistica si è proceduto individuando degli indici cd. "di anomalia", destinati a richiamare l'attenzione sull'urgenza di un approfondimento degli accertamenti. Gli indicatori riguardano solo l'aspetto oggettivo e sono posti in collegamento con varie categorie di operazioni (ve ne sono sette, spazianti sostanzialmente nell'intero ventaglio tipologico di attività ed all'interno di esse vengono esaltati alcuni segnali d'allarme del sospetto).

Il taglio solo "oggettivo" dell'operazione non disvela però la conoscenza del cliente, un *quid* fondamentale per far lievitare dall'anomalia al sospetto. Il decalogo, nella sua terza parte, insiste per un esame *funditus* delle evidenze soggettive e del profilo economico-finanziario del cliente, obiettivo raggiungibile mediante stimolazione di rapporti di tipo stabile, il conto corrente avanti ogni altro, da cui prelevare le immagini contabili dell'evoluzione di ogni utente.

Le indicazioni dell'Istituto di emissione certamente hanno colmato lacune di incertezza e pur senza esaurire le ipotesi di sospetto -la casistica è

54) Il "decalogo" risulta pubblicato, fra l'altro, in *Quaderni CSM*, n°70, vol. II, 1994, p.224.

55) Così recita il "decalogo" al par. 8 parte I. Il documento dell'Istituto centrale si riferisce anche agli intermediari per ragioni di uniformità. Il contenuto prevalentemente tecnico delle indicazioni e l'autorevolezza della fonte, di fatto, rende vincolanti le indicazioni della Banca d'Italia per tutti gli operatori.

prevalentemente incentrata sulle operazioni di sportello<sup>56</sup> - conferiscono ai pratici strumenti utili per corroborare l'effettività di una norma sinora ferma al palo del suo sicuro valore simbolico e ideologico.

---

56) Conforme per tale critica, DONADIO, *Riciclaggio e intermediazione bancaria*, in *Quaderni CSM*, n°70, vol. II, 1994, p.202.

CARLO LONGOBARDO

ASPETTI GIURISPRUDENZIALI DELLA REPRESSIONE  
DELLE CONDOTTE DI RICICLAGGIO.



1. Il problema del riciclaggio, nell'attuale contesto storico e sociale, va abbandonando le caratteristiche passate, che ne avevano fatto un fenomeno, benché insidioso, pur sempre di portata limitata, per assumere dimensioni talmente gravi da far ritenere seriamente minacciato lo stesso funzionamento dell'economia, o, quanto meno, parti rilevanti di esso.

Le considerazioni che andiamo a formulare si incentrano sull'analisi delle risposte che l'ordinamento è riuscito a dare, non solo sul piano della riflessione teorica o dell'astratta previsione normativa, ma, viceversa, sul terreno delle decisioni emanate dalla giurisprudenza.

Queste ultime rappresentano, a nostro avviso, il parametro della reale capacità del sistema di incidere sulla soluzione del problema.

Nell'esame delle singole pronunce -sin d'ora ne anticipiamo l'esiguità del numero, nonostante un arco temporale piuttosto lungo- verranno privilegiati gli aspetti che attengono alla condotta, all'evento, al rapporto di specialità tra le varie norme interessate al fenomeno ed alle fattispecie soggettive.

L'analisi giurisprudenziale procede di pari passo con l'evoluzione normativa e trova il suo punto di partenza nella legge 18 marzo 1978 n° 191 che segna l'entrata, nel nostro ordinamento, della fattispecie del riciclaggio, sia pure rubricata *Sostituzione di danaro o valori provenienti da rapina aggravata, estorsione aggravata o sequestro di persona a scopo di estorsione*.

L'allarme sociale, destato, da questi delitti, soprattutto negli anni in cui è stata introdotta la norma<sup>1</sup>, ha spinto il legislatore a criminalizzare anche chi compie "fatti od atti diretti a sostituire denaro o valori provenienti dai delitti di rapina aggravata, estorsione aggravata o di sequestro di persona a scopo di estorsione, con altro denaro o altri valori, al fine di procurare a sé o ad altri un profitto o di aiutare gli autori dei delitti suddetti ad assicurarsi il profitto del reato". Si è scelta la strada dell'anticipazione della soglia di tutela penale con il ricorso al delitto a consumazione anticipata.

---

1) Basta ricordare, a questo proposito, che, con lo stesso provvedimento legislativo che ha introdotto l'articolo 648bis, è stata inserita tra le altre - anche la norma riguardante il sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione (art.289bis c.p.).

Con l'utilizzazione della formula del compimento di fatti od atti diretti a realizzare il risultato prefissato, la norma ha voluto punire direttamente, ed in una fase prodromica, il riciclaggio del denaro o dei valori: in tal senso la Cassazione ha precisato -con la sentenza n°2225 del 29 luglio 1986<sup>2</sup>- che, per la realizzazione del delitto di cui all'articolo 648 bis, non è necessario il verificarsi dell'evento lesivo.

Una prima valutazione della norma di cui all'art.648bis -nella versione del 1978-, ci permette di distinguere, al suo interno, due condotte: una - che possiamo classificare di *riciclaggio-ricettazione* - tendente a sostituire il denaro o i valori che provengono dai delitti 'presupposto' con altro denaro o altri valori, al fine di procurare a sé o ad altri un profitto; l'altra che possiamo considerare come *riciclaggio-favoreggiamento reale* - che punisce chi aiuta gli autori dei delitti 'a monte' ad assicurarsi il profitto del reato.

La Cassazione, d'altro canto, nella motivazione di cui alla sentenza 2 febbraio 1983 n°7728<sup>3</sup>, precisa che "non può contestarsi che, prima dell'entrata in vigore della norma di cui all'art.648bis c.p., colui che avesse compiuto atti o fatti diretti al riciclaggio avrebbe integrato col suo comportamento il reato previsto dall'art.648 c.p. o quello di cui all'art.379 c.p. a seconda della finalità propositasi. Ed è indubbio che, in quel caso, il reato si sarebbe perfezionato con la semplice ricezione del danaro, essendo gli atti successivi ininfluenti ai fini della consumazione del reato stesso".

Con queste argomentazioni, la suprema Corte ha designato come naturali destinatari della norma i soggetti che si trovano nelle condizioni previste dagli articoli 648 o 379 c.p.; ha specificato, inoltre, che, un soggetto, prima del compimento "di atti o fatti ... idonei e diretti in modo non equivoco alla sostituzione di quel denaro o di quel valore, potrà essere chiamato a rispondere del solo reato di ricettazione o di favoreggiamento reale, non potendo certamente essergli contestato il reato più grave per una intenzione non ancora manifestata.

E' indubbio, inoltre, che lo stesso soggetto, al compimento di quegli atti o fatti, risponderà del solo reato più grave previsto dall'art.648bis c.p. restando in esso assorbite le ipotesi criminose eventualmente già realizzate, previste dagli artt.379 e 648 c.p."

2) Pubblicata in *Riv. pen.* 1987, p.509 (solo massima)

3) Pubblicata in *Cass. pen.* 1984, p.2204s., in particolare p.2205, con nota di FERRARO, *Osservazioni su taluni aspetti problematici del delitto di riciclaggio*, p.2205s..

Un esempio, in tal senso, può ritrovarsi proprio nella citata sentenza n°7728 del 1983, della seconda sezione della Corte di legittimità. La decisione riguarda il caso del sequestro Cicalò (600 milioni di riscatto) dove un soggetto (il Lapia) veniva accusato di aver ricevuto circa 12 milioni provenienti dal sequestro di persona a scopo di estorsione, e di avere sostituito tale denaro con varie operazioni bancarie effettuate presso gli sportelli delle agenzie del Banco di Sardegna di Bordighi, Macomer, Cossuine, Torrarba e Bonnannaro<sup>4</sup>.

A ben vedere, i delitti a monte -ed in particolare, nel caso in esame, il sequestro di persona a scopo di estorsione- producono una quantità di denaro che, proprio per la sua peculiare provenienza, è riconoscibile. Questa caratteristica fa sì che venga meno la fungibilità tipica del denaro: a fronte di questa 'infungibilità', ha un senso -da parte degli autori della attività delittuosa- cercare di sostituire materialmente le banconote (o i valori) provenienti da quei delitti per poterne usufruire.

Nasce, dunque, la necessità di trovare un soggetto disposto a permettere la sostituzione delle banconote o dei valori.

Il legislatore, allora, avendo avvertito la necessità di una più specifica e severa repressione del fenomeno del riciclaggio in quanto tale<sup>5</sup>, ha introdotto l'art. 648*bis* c.p. Il Supremo Collegio -dal canto suo- ha affermato che, con questa disposizione, ci troviamo di fronte ad «una ipotesi criminosa autonoma, certamente a "consumazione anticipata" che non consente il tentativo, per la cui realizzazione è richiesto un *plus* rispetto al reato di ricettazione, il compimento cioè di atti o di fatti diretti alla sostituzione del danaro»<sup>6</sup>.

In altre parole, all'impegno profuso dal legislatore nel ritagliare uno spazio per questo ulteriore fenomeno, ha fatto da *pendant* quello della Suprema Corte nel ricercare una differenza tra la figura della ricettazione e del favoreggiamento reale da un lato, e la fattispecie di "riciclaggio" dall'altro. Infatti, con la sentenza n°13155 del 1986, si precisa che «la previsione della nuova ipotesi... da un lato è più ristretta rispetto al modello legale del

4) Sul punto cfr. Cass., sez. II, in *Cass. pen.* 1984, cit., p.2204.

5) Con il termine riciclaggio "s'intende quel processo attraverso il quale si nasconde l'origine illegale di un introito mascherandolo in modo da farlo apparire legittimo". Così PECORELLA, *Denaro (sostituzione di)*, in *Dig. disc. pen.*, III, Torino 1989, p.368.

6) Così Cass., sez. II, in *Cass. pen.* 1984, cit., p.2205.

reato di ricettazione e di quello di favoreggiamento e, dall'altro, richiede un elemento in più. Il reato di ricettazione può, infatti, riguardare qualsiasi cosa proveniente da qualsiasi delitto, mentre il reato di riciclaggio si configura solo rispetto a danaro e valori provenienti da rapina aggravata, estorsione aggravata o sequestro di persona a scopo di estorsione. Il reato di favoreggiamento reale, che entra nella tipicità del reato di riciclaggio attraverso il dolo, ha, a sua volta, una previsione più ampia sia perché essa, a differenza di quella di riciclaggio riguarda qualsiasi reato, sia perché l'aiuto può servire al favoreggiamento per assicurarsi il "prodotto" o il "prezzo" del reato»<sup>7</sup>.

Non bisogna dimenticare, inoltre, che -nel 1978- l'unica norma che disciplina un rapporto di specialità è l'articolo 379 c.p. che esclude il caso "preveduto dall'articolo 648".

Un ulteriore intervento della Suprema Corte sul punto, si è avuto con la sentenza n°7382 del 12 giugno 1987<sup>8</sup> per la quale "il dettato normativo dell'art.648bis c.p. (che contiene la espressa previsione che, tra gli scopi che l'agente può avere di mira nella realizzazione della condotta vietata, sia da ricomprendersi anche quello di aiutare gli autori dei delitti specificamente indicati ad assicurarsi il profitto dei reati) induce ad escludere che l'elemento differenziale tra la fattispecie delittuosa di cui alla detta norma e quella di favoreggiamento reale di cui all'art.379 c.p., consista sempre nel cosiddetto dolo specifico -presente nella prima e non anche nella secondagiacchè -almeno per una delle ipotesi previste dall'art.648bis c.p.- le due figure delittuose, considerate nelle loro fattispecie legali, corrispondono perfettamente in tutti i loro elementi costitutivi. In siffatta ipotesi il principio selettivo della specialità stabilito dall'art. 15 c.p. imporrà l'applicazione dell'art.648bis c.p. anziché dell'art.379 c.p., dovendosi riconoscere che, nella struttura di quella norma, sono presenti, oltreché tutti gli elementi propri dell'altra, anche l'elemento specializzante del riferimento della condotta soltanto ad alcune figure delittuose".

E' agevole comprendere come, anche in presenza di un elemento qualificante la fattispecie -qual è il dolo specifico-, residuano comunque delle difficoltà nella distinzione tra queste figure di reato<sup>9</sup>.

7) La sentenza n°13155 del 24 novembre 1986 è pubblicata in *Giur. it.*, 1988 II, p.164; *Cass. pen.*, 1988, p.859.

8) Pubblicata in *Riv. pen.* 1988, p.303s

9) Già in relazione alla sentenza n°7728 del 1983 si era parlato, per l'ipotesi di cui all'articolo 648bis, di reato progressivo nei quali "l'inclusione del reato minore nel maggiore non si desume dalla dizione della norma incriminatrice, ma dalla natura intrinseca del

Su questo punto, inoltre, bisogna considerare anche la decisione della Cassazione, n°11011 del 14 novembre del 1988<sup>10</sup>, per la quale "il semplice possesso di banconote provenienti dal pagamento di somme versate per ottenere la liberazione del sequestrato, in uno alle contraddizioni incorse nel tentativo di giustificare la provenienza, pur essendo chiaramente indicativo di violazione della legge penale, non è sufficiente, in assenza di altri elementi almeno indiziari e sintomatici, a configurare la ricorrenza del concorso del possessore in sequestro a scopo di estorsione, ma integra la fattispecie di particolare ricettazione prevista dall'art.648bis c.p."

In questo caso, è la stessa Suprema Corte a parlare di ipotesi di 'particolare ricettazione' prevista dall'art.648bis c.p.: quasi una conferma alla difficoltà di distinguere, sulla base delle mere enunciazioni normative un ben definito ambito di operatività delle norme in esame.

E non è finita: con la sentenza n°13155 del 24 novembre 1988<sup>11</sup>, la Cassazione afferma espressamente che "l'ipotesi criminosa di cui all'art.648bis c.p. (sostituzione di denaro o valori) risulta modellata sui reati di ricettazione e favoreggiamento reale che hanno come *ratio* proprio la presenza di una precedente situazione antiggiuridica".

2. Un primo problema che può scaturire dagli spunti giurisprudenziali che precedono, riguarda l'elemento soggettivo. Si è cercato -sempre con riferimento alla norma del 1978- di delineare un preciso parametro di distinzione tra le tre norme del favoreggiamento reale, della ricettazione e del riciclaggio.

Con la citata sentenza della sez. II, n°13155 del 1986<sup>12</sup>, la Corte di Cassazione evidenzia come l'ipotesi criminosa di cui all'art.648bis c.p. (sostituzione di denaro o valori) risulta modellata sui reati di ricettazione e favoreggiamento reale.

Il delitto di riciclaggio, -sempre secondo la Cassazione- si differenzia dalla ricettazione dal momento che, mentre l'articolo 648 riguarda "qualsiasi cosa proveniente da qualsiasi delitto", il delitto di riciclaggio "si con-

---

fatto, in essa configurato" ovvero che, rispetto a tali ipotesi di reato, la acquisizione delle cose, anche quando sostanzialmente il delitto di ricettazione o quello di cui all'articolo 379 c.p., costituisce un "antefatto non punibile". Sul punto cfr. FERRARO, *Osservazioni su taluni aspetti problematici del delitto di riciclaggio*, cit., p.2207.

10) Pubblicata in *Giust. pen.* 1990, III, p.94s.

11) Cfr. *Cass. pen.* 1988, cit., p.859.

12) Sul punto cfr. *Cass. pen.* 1988, cit., p.859.

figura solo rispetto a danaro e valori provenienti da rapina aggravata, estorsione aggravata o sequestro di persona a scopo di estorsione”.

Pertanto, non è necessario che il denaro o i valori provengano direttamente dai delitti presupposto, ma è sufficiente anche una provenienza mediata, “a condizione però che l’agente sia consapevole di tale provenienza”<sup>13</sup>.

La Corte d’Appello di Roma -con la sentenza 6 febbraio 1988- stabilisce che l’elemento soggettivo del reato di cui all’articolo 648*bis* c.p. non può caratterizzarsi in maniera difforme da come lo stesso elemento risulta delineato con riferimento al similare delitto di ricettazione, previsto dall’art. 648 c.p. “In altri termini, come per quest’ultimo reato non è richiesto che la conoscenza della provenienza del denaro o delle altre cose da un delitto comprenda tutti gli elementi (circostanze di tempo, di luogo o di modo) del delitto presupposto, così per il delitto previsto dall’art.648*bis* c.p. non è richiesto che l’agente abbia consapevolezza della provenienza del denaro o dei valori da un determinato reato di rapina aggravata, estorsione aggravata o di sequestro di persona a scopo di estorsione. La conclusione -oltre a comportare il ripudio della tesi ... secondo cui occorrerebbe la consapevolezza della provenienza del denaro o dei valori da un determinato di rapina aggravata o di estorsione aggravata o di sequestro di persona a scopo di estorsione - impone di ritenere la sufficienza della rappresentazione da parte dell’agente della provenienza, generica, da un reato tra quelli considerati dall’art.648*bis*, la quale, non diversamente da quanto accade per il reato previsto dall’art.648, è desumibile anche dagli elementi risultanti dall’art.712 c.p.”<sup>14</sup>.

È indubbio, a tal punto, che la Corte d’Appello, propone una sostanziale assimilazione tra il dolo del delitto *ex* articolo 648 e quello di cui all’articolo 648*bis* c.p.

Su queste basi si potrà dedurre, allora, che se il denaro proviene da una rapina semplice -vista l’identità dell’elemento psicologico- il soggetto sarà punito per ricettazione; se, invece, la rapina sarà ‘aggravata’, allora, il soggetto risponderà per il delitto di cui all’art.648*bis* c.p.

In relazione al termine ‘aggravata’, la Corte d’Appello precisa che non può essere richiesto che, oltre a rappresentarsi la provenienza del danaro o dei valori, il soggetto “sappia anche che quella rapina è stata commessa

13) Sul punto cfr. Cass. sez. II, 27 giugno 1986 n°6508, in *Riv. pen.* 1987, p.380.

14) Sentenza pubblicata in *Giuris. di merito* 1991, II, p.1168s., in particolare p.1169, con nota di BIFFA, *Sul dolo nel delitto di riciclaggio*, p.1170s.

con armi o da persona travisata o da più persone riunite ovvero con altre delle modalità previste dall'art.628 c.p. Perché, diversamente opinando, si ricadrebbe di nuovo nella conoscenza completa di un determinato «fatto storico» che .. non è richiesta dalla legge per il delitto di ricettazione.”. Ci si dovrà affidare, secondo il giudice di 2° grado, ai “dati di comune esperienza acquisiti alla coscienza della collettività, la quale distintamente avverte che per aggredire la proprietà di beni di cospicuo valore occorrono condotte idonee a vincere le difese proporzionalmente apprestate per la loro salvaguardia ed è pertanto in grado di ricollegare ad una rapina con grande profitto una condotta più grave di quella normalmente occorrente per una rapina di ordinaria portata”<sup>15</sup>.

L'accoglimento di una tale opzione ermeneutica, potrebbe portare, però, a delle inevitabili contraddizioni: il reato di riciclaggio andrebbe imputato a chi sostituisse denaro proveniente da una rapina particolarmente redditizia ma che non si sia svolta in presenza di alcuna aggravante speciale; mentre non risponderebbe del medesimo reato chi sostituisse denaro proveniente da una rapina scarsamente redditizia, ma aggravata ai sensi dell'art.628 co. 3 e 629 co. 2 c.p.<sup>16</sup>. Oppure, andrebbe imputato l'art.648bis c.p. non solo a quei soggetti che riciclano denaro, che, formalmente, proviene dalla rapina aggravata ai sensi dell'articolo 628 co.3 o 629 co. 2 c.p., ma anche a coloro i quali sostituiscono il denaro che proviene da rapine 'con grande profitto' creando *ex novo* una particolare aggravante, con una grave violazione del principio di legalità.

Altra differenza tra l'art.648 c.p. e l'art.648bis c.p. può essere colta nel fatto che mentre la ricettazione è un reato di danno, il riciclaggio (sempre nella versione del 1978) è un delitto a consumazione anticipata.

Anche per la distinzione tra delitto di favoreggiamento reale e riciclaggio, la Cassazione, in un primo momento, evidenzia come la norma di cui all'art.379 c.p., «che entra nella tipicità del reato di riciclaggio attraverso il dolo, ha, a sua volta, una previsione più ampia sia perchè essa, a differenza di quella di riciclaggio riguarda qualsiasi reato, sia perchè l'aiuto può servire al favoreggiamento per assicurarsi il “prodotto” o il “prezzo” del reato». In un secondo momento, inoltre, precisa che «il dettato normativo dell'art. 648bis non induce ad escludere che l'elemento differenziale tra la fattispecie delittuosa di cui alla detta norma e quella di favoreggiamento

15) Cfr. Corte Appello, 6 febbraio 1988, in *Giuris. di merito*, cit., p.1170.

16) Cfr. BIFFA, *Sul dolo nel delitto di riciclaggio*, cit., p.1172.

reale di cui all'art. 379 c.p., consista sempre nel così detto solo specifico - presente nella prima e non anche nella seconda - giacché - almeno per una delle ipotesi previste dall'art. 648bis c.p. - le due figure delittuose, considerate nelle loro fattispecie legali, corrispondono perfettamente in tutti i loro elementi costitutivi»<sup>17</sup>.

Su queste basi, la differenza tra riciclaggio e ricettazione può ritrovarsi<sup>18</sup>:

1) nella previsione dei delitti a monte, che, mentre nella ricettazione non sono individuati e si può fare riferimento a qualsiasi delitto, nel riciclaggio sono solo quelli di rapina aggravata, estorsione aggravata e sequestro di persona a scopo di estorsione;

2) nell'essere, il riciclaggio un delitto di attentato<sup>19</sup>, mentre la ricet-

17) Tra l'altro, autorevole dottrina evidenzia come ricettazione e favoreggiamento reale hanno in comune due elementi: a) il fatto che l'inizio dell'azione criminosa è sempre posteriore alla commissione di un altro reato; b) l'elemento morale che consiste nella consapevolezza della provenienza criminosa della cosa ricettata o favorita. Il dolo specifico è l'elemento che distingue anche la ricettazione dal favoreggiamento reale (cfr. Cass. 7 luglio 1981, in *Giust. pen.* 1982, II, p.415 e *Cass. pen.* 1983, p.290; Cass. 13 aprile 1988 in *Giust. pen.* 1989, p.1244; *ivi*, III, p.616): si versa nell'ipotesi di ricettazione quando l'agente è spinto - oltre che dal fine di aiutare l'autore del reato - dal fine di procurare a se stesso un profitto; ricorre il delitto di cui all'art.379 c.p., quando, chi presta l'aiuto richiesto per assicurare ad altri il prodotto, il profitto o il prezzo del reato - è disinteressato e senza fine di locupletazione (Cass. 23 febbraio 1982; Cass. 14 gennaio 1986; Cass. 17 marzo 1988). Sul punto cfr. PANNAIN, *Favoreggiamento personale e reale*, in *Nss. Dig It.*, VII, Torino 1961, p.145ss., in particolare p.156; CRESPI-STELLA-ZUCCALÀ, *Commentario breve al codice penale*, Padova 1992, p.827ss.

18) DALIA, *L'attentato agli impianti e il delitto di riciclaggio*, Milano 1979, pp.82-83, sostiene che l'unico elemento normativo di distinzione tra il riciclaggio e le fattispecie di cui agli artt.648 e 379, è il diverso contenuto del dolo, che, se per un verso, "vale a differenziare il fatto tipico della ricettazione da quello di favoreggiamento reale, per altro verso costituisce l'unico parametro di diversificazione tra queste due figure di reato e quella introdotta con l'art.648bis".

19) Sul punto cfr. DALIA, *L'attentato agli impianti e il delitto di riciclaggio*, cit., p.63; Cass., sez. II, 2 febbraio 1983, in *Cass. pen.* 1984, cit., p.2204s., con nota di FERRARO, *Osservazioni su taluni aspetti problematici del delitto di riciclaggio*, cit., pp.2206-2208. Più in generale, con riguardo alla tematica del delitto di attentato, cfr. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, XIX, Torino 1973, p.5s., in particolare pp.85-86. E. GALLO, *Attentato*, in *Nss. dig. it., Appendice*, Torino 1980, p.563s.; ZUCCALÀ, *Profili del delitto di attentato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1977, p.1225s., in particolare pp.1226 e 1229, per una ricostruzione del delitto di attentato come norma a pericolo concreto, cfr. E. GALLO, *Attentato*, in *Dig. disc. pen.*, I, Torino 1987, p.340s., in particolare pp.349-351.

tazione un reato di danno.

Gli elementi di divergenza tra riciclaggio e favoreggiamento reale possono, invece, ritrovarsi:

1) nella previsione dei delitti a monte per la fattispecie di riciclaggio, mancanti, invece, in quella di cui all'articolo 379 c.p.;

2) nell'essere la norma dell'articolo 379 un reato di danno, mentre, l'articolo 648*bis*, è un delitto di attentato;

3) nel richiedere, l'articolo 379 c.p., il solo dolo generico, nell'aiutare "taluno ad assicurare il prodotto il profitto o il prezzo di un reato", mentre l'articolo 648*bis*, presenta -parole della Suprema Corte- anche l'elemento specializzante del riferimento della condotta soltanto ad alcune figure delittuose".

Le nove sentenze che la Corte di Cassazione ha emesso sull'art. 648*bis* nella sua versione originaria, tutto sommato, non sono riuscite a fare piena chiarezza su questo confuso quadro normativo. La norma in esame, ad onor del vero, risente del particolare momento storico e rappresenta il risultato di una tecnica di normazione basata su contingenti spinte emotive derivanti dall'allarme sociale provocato dai fatti di criminalità politica e comune, più che il frutto di una razionale analisi del problema<sup>20</sup>.

In questa situazione - e sempre sulla falsariga della soddisfazione di istanze diffuse di intervento penale sul tema - è stata introdotta la riforma dell'art.648*bis* c.p., con un più specifico riferimento a fatti di criminalità organizzata. La l. 19 marzo 1990 n°55, all'art.23, detta:

*648-bis. Riciclaggio.* Fuori dei casi di concorso nel reato, chiunque sostituisce denaro, beni o altre utilità provenienti dai delitti di rapina aggravata, di estorsione aggravata, di sequestro di persona a scopo di estorsione o dai delitti concernenti la produzione o il traffico di sostanze stupefacenti o psicotrope, con altro denaro, altri beni o altre utilità ovvero ostacola l'identificazione della loro provenienza dai delitti suddetti, è punito con la reclusione da quattro a dodici anni e con la multa da lire due milioni a lire trenta milioni.

La pena è aumentata quando il fatto è commesso nell'esercizio di una attività professionale.

Si applica l'ultimo comma dell'articolo 648.

20) Sul punto cfr. FLICK, *Riciclaggio*, in *Enc. giur. Treccani*, cit., p.1, che -tra l'altro- sottolinea il rischio di un "impatto emozionale" con il problema.

La riforma del 1990, però, non si è fermata alla sola revisione dell'articolo 648*bis* c.p., ma ha introdotto, accanto a quest'ultimo, una nuova norma -l'art. 648*ter* c.p.- che ha previsto la punibilità di chi, impiega denaro beni o utilità di provenienza illecita. Recita, infatti, l'art. 648*ter* c.p.: *Impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita*. Chiunque, fuori dei casi di concorso del reato e dei casi previsti dagli articoli 648 e 648*bis*, impiega in attività economiche o finanziarie denaro, beni o altre utilità provenienti dai delitti di rapina aggravata, di estorsione aggravata di sequestro di persona a scopo di estorsione o dai delitti concernenti la produzione o il traffico di sostanze stupefacenti o psicotrope, è punito con la reclusione da quattro a dodici anni e con la multa da lire due milioni a lire trenta milioni.

La pena è aumentata quando il fatto è commesso nell'esercizio di una attività professionale.

La modifica del 1990 ha interessato anche l'art. 379 c.p. che ha escluso dal suo ambito di operatività oltre all'art. 648, anche gli artt. 648*bis* e 648*ter* del c.p. Nulla è cambiato, invece, in relazione al delitto di ricettazione.

3. In presenza di un rinnovato contesto normativo ed alla luce delle susesposte interpretazioni giurisprudenziali, sembra opportuno chiarire quale sia l'oggetto a cui vuole riferirsi questa rinnovata tutela penale. Intendiamo riferirci al bene giuridico: se la ricettazione è inquadrata nell'ambito dei fatti aggressivi del bene patrimonio -ed il riciclaggio ne rappresenta una particolare forma, così come sostiene la Cassazione- potrebbe sembrare una logica conseguenza inserire 'la sostituzione del denaro o dei valori' tra le fattispecie criminose che tendono a proteggere proprio tale bene.

Alla opzione formale operata dal codice, che ha introdotto tale norma proprio nei delitti contro il patrimonio, potrebbe corrispondere una sostanziale identità tra ricettazione e riciclaggio in relazione al bene giuridico di riferimento. A questo proposito, bisogna ricordare la stretta interdipendenza tra quest'ultima fattispecie e le motivazioni che hanno spinto a criminalizzare la condotta stessa del riciclaggio: *l'ordine pubblico* -soprattutto per la introduzione stessa della norma, nel 1978, nel nostro codice penale, al fine di rispondere alle peculiari esigenze politico-criminali di repressione, in quel periodo storico, di determinati delitti- e *l'ordine economico*, minacciato soprattutto dal fatto - poi criminalizzato, per la prima volta, nel 1990 - del reimpiego dei capitali illeciti. Infatti, dopo la riforma del 1990, "resta un interrogativo di fondo la sistemazione riduttiva ... nell'ambito dei delitti contro il patrimonio" dei delitti di riciclaggio e di reimpiego, che, ormai, mal si concilia con un'ottica di tutela dell'ordine pubblico e

dell'ordine economico<sup>21</sup>.

Per una scelta tra le diverse esigenze alle quali si è fatto riferimento, bisogna preliminarmente differenziare il bene giuridico, identificato da autorevole dottrina in quelle "situazioni piene di valore in cui si concretizzano i presupposti indispensabili della convivenza di un gruppo di uomini in un dato momento storico e sociale"<sup>22</sup> "offendibili e tutelabili la cui difesa si pone come compito fondamentale del diritto penale dello stato sociale di diritto"<sup>23</sup> -che rappresenta il vero oggetto della tutela penale-, dalle *rationes* di tutela che "non sono beni giuridici in senso tradizionale, ma obiettivi di organizzazioni politiche, sociali, economiche ... Il diritto penale qui non tutela vittime, ma funzioni"<sup>24</sup>. E il rischio dell'assunzione di schemi di tutela di funzioni è quello di trasformare l'illecito penale in un illecito di mera trasgressione<sup>25</sup>, che, nei fatti, resta tale, anche se al concetto di funzione si

21) Sul punto, per tutti, cfr. FLICK, *Riciclaggio*, in *Enc. giur. Treccani*, cit., p.2 e 6.

22) Così ROXIN, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe* (1966), in *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin-New York 1973, p.1s., in particolare p.13. Sul punto cfr. Musco, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano 1974, p.110, MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Padova 1988, p.48 e p.32 nota 42, dove l'A. sottolinea come "l'aggancio, di tipo normativo, alla rilevanza costituzionale del bene mantenga la validità - unitamente ad ulteriori criteri politico-criminali - di vincolo contenutistico".

23) Così MOCCIA, *op. ult. cit.*, pp.48-49. L'A., in rapporto ad esigenze di efficienza nella tutela del bene, evidenzia come si debba tener conto della valenza della sistematica, intesa come costruzione di un complesso armonico e ben coordinato nelle sue componenti, che diventa "un agile strumento di intervento, di agile utilizzazione" (p. 112).

24) Così HASSEMER, *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale*, in *Dei delitti e delle pene* 1984, p.108; nello stesso senso, cfr. MAZZACUVA, *La legislazione penale in materia economica: normativa vigente e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1987, p.509; SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, cit., p.16ss.; FORNASARI, *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale*, cit., p.142ss.; v. anche PADOVANI, *Il problema del bene giuridico e la scelta delle sanzioni*, in *Dei delitti e delle pene* 1984, p.119; ID., *Tutela dei beni e tutela di funzioni nella scelta fra delitto, contravvenzione e illecito amministrativo*, in *Cass. pen.* 1987, pp.675-676, che, tuttavia, sullo sfondo della tutela delle funzioni vede pur sempre il bene giuridico in un ruolo di centralità; sul tema cfr. PEDRAZZI, *Interessi economici e tutela penale*, cit, p.296.

25) Sia pur attraverso argomentazioni, talvolta, abbastanza differenziate, a questo risultato sembra giungere una parte, anche autorevole, della dottrina tedesca, cfr. ZELINSKI, *Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff*, Berlin 1973, p.79ss.; WEIGEND, *Über die Begründung der Strafflosigkeit bei Einwilligung des Betroffenen*, in *ZStW* 1986, pp.54-55; JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berlin-New York 1988, p.27ss.; KINDHÄUSER, *Strafe, Strafrechtsgut und Rechtsgüterschutz*, in AA.VV., *Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip*, a cura di K. LÜDERSEN-C. NESTLER TREMEL-E. WEIGEND, Frankfurt-Bern-New York-Paris 1990, p.29.

sostituisce quello, nella sostanza equivalente, di "bene sociale" proposto da autorevole dottrina<sup>26</sup>».

Alla luce di queste affermazioni, può dirsi che 'ordine pubblico' ed 'ordine economico', pur avendo -in relazione al delitto di riciclaggio- un grosso rilievo, possono rappresentare, più che un bene giuridico di riferimento, una vera e propria *ratio* di tutela<sup>27</sup>.

Tra l'altro, se la stessa Cassazione afferma -con la citata sentenza n° 13155 del 1986<sup>28</sup>- che la *ratio* sottesa ai delitti di favoreggiamento reale, ricettazione e riciclaggio è la presenza di una precedente situazione antiggiuridica, potrebbe risultare semplice trovare una conferma a quanto finora sostenuto.

Infatti, in una moderna prospettiva, "una tutela del patrimonio assume rilevanza sociale e, quindi normativa, non perché, o non solo perché, determinati oggetti aventi valore economico sono attribuiti ad un soggetto, ma per il fatto che la disponibilità di quei beni assicura al soggetto un margine di sviluppo della sua personalità ... A venire qui in discussione, è, evidentemente, la potenzialità di un soggetto: persona fisica o giuridica, le cose non cambiano"<sup>29</sup>.

Se si accetta una concezione di patrimonio come quella ora proposta<sup>30</sup>, ancor più, si comprende che la ricerca di mezzi di tutela che frenino il

26) Cfr. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, vol. I, Reinbeck b.H. 1976, pp.50-51; in proposito, criticamente, VOLK, *Strafrecht und Wirtschaftskriminalität*, cit., pp.87-88; e MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in corso di stampa, p.7 del dattiloscritto, al quale si rinvia per ulteriori approfondimenti. Per un ulteriore riferimento alla differenza tra bene giuridico e *ratio* di tutela - in particolare con riferimento a fatti di economia pubblica - cfr. MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, cit., pp.68-69 e nota 55.

27) A favore di un delitto di riciclaggio che tuteli gli interessi dell'ordine pubblico e dell'ordine economico si pronuncia FLICK, *Riciclaggio*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXVII, Roma 1991, p.2; ID, *La repressione del riciclaggio ed il controllo dell'intermediazione finanziaria. Problemi attuali e prospettive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1990, p.1261; ID *Prospettive e problemi del controllo penale degli intermediari finanziari*, in *Riv. soc.* 1990, p.792; ID., *Le risposte nazionali al riciclaggio di capitali. La situazione italiana*, ivi 1992, p.1298ss.

28) Cfr. *Cass. pen.* 1988, cit., p.859.

29) Così MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio*, cit., p.67.

30) Sul punto cfr., per tutti, MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, cit., p.62 s., p.88s.

fenomeno del riciclaggio hanno la loro ragion d'essere solo nella necessità di contrastare la "perpetuazione di una situazione antigiuridica"<sup>31</sup>.

Nell'ambito delle modalità di aggressione al bene patrimonio la concezione classica è certamente quella di intendere la 'perpetuazione' come l'effetto di aggravamento del danno per il titolare del bene, "in quanto il passaggio del bene da un soggetto ad un altro ne rende più complesso il recupero"<sup>32</sup>. Nel caso del riciclaggio, ma anche del cosiddetto reimpiego dei capitali illeciti, il concetto di perpetuazione va inteso, non tanto come allontanamento, dal soggetto, del proprio bene, quanto come impedimento alla consolidazione di una precedente situazione connotata da illiceità.

Inoltre, se il prototipo di questa categoria è la ricettazione, sembrano poter trovare, in questa sede, la loro naturale collocazione, anche il riciclaggio, l'incauto acquisto e, più razionalmente, la stessa figura del favoreggiamento reale<sup>33</sup>.

4. Che la versione originaria dell'articolo 648*bis* tendesse a rafforzare la repressione dei cosiddetti 'delitti a monte' o 'delitti presupposto' proprio con la criminalizzazione delle condotte che permettono agli autori di tali delitti di conseguire il profitto della loro attività criminosa, è confermato, d'altro canto, anche dalla relazione del Guardasigilli sul disegno di legge n°1490 per la conversione in legge del d.l. 21 marzo 1978 n°59. In essa, infatti, si legge che l'incriminazione per la condotta di riciclaggio ten-

---

31) Sul punto, per una rinnovata classificazione delle modalità di aggressione al bene patrimonio, cfr. MOCCIA, *op. ult. cit.*, p.111s.

32) Testualmente, MOCCIA, *op. ult. cit.*, p.134.

33) Non essendo questa la sede per una completa analisi del problema, sul punto, si rinvia, per tutti, a MOCCIA, *op. ult. cit.*, p.135. Questa nuova e più razionale concezione del bene patrimonio, apre "interessanti prospettive in rapporto al controllo di fatti di criminalità economica, in particolare per il settore dell'economia pubblica, che riguardano i piani sistematico e politico-criminale, con notevoli riflessi sotto il profilo dommatico. Infatti se si considera il patrimonio come unità strutturata secondo le esigenze del titolare e funzionale al raggiungimento delle finalità che questi si propone, tale concetto può essere proficuamente utilizzato come oggetto di tutela in relazione a fatti che aggrediscono il patrimonio dello Stato, o di un ente pubblico ... quale complesso di risorse produttive destinate alla funzione sociale (programmazione economica, intervento assistenziale, investimenti produttivi, commercio con l'estero, redistribuzione delle risorse): si tratta, cioè, di un complesso di valori economici funzionalmente orientato al perseguimento di finalità sociali."(p. 67, nota 55).

de a colpire un'attività costituente "un vero e proprio incentivo alla criminalità più pericolosa ed efferata, proprio in quanto permette un impiego relativamente sicuro dei proventi delle più gravi imprese delittuose"<sup>34</sup>.

Il legislatore del 1990 ha aggiunto ai delitti di rapina aggravata, estorsione aggravata e sequestro di persona a scopo di estorsione, "i delitti concernenti la produzione o il traffico di sostanze stupefacenti o psicotrope".

La scelta è stata effettuata proprio in relazione alla Convenzione O.N.U. di Vienna sulla prevenzione del traffico di stupefacenti, del 19 dicembre 1988, che ha richiesto per la prima volta, esplicitamente, a tutti i paesi firmatari, di adottare sanzioni penali contro il riciclaggio di denaro proveniente dal traffico di droga<sup>35</sup>.

Prima di quest'aggiunta, l'art.648bis (del 1978) intendeva sostanzialmente apprestare "misure specifiche contro l'industria dei rapimenti e dei ricatti"<sup>36</sup> e, comunque, "allestire uno strumento di lotta contro i reati presupposto, più che contro il riciclaggio in sé"<sup>37</sup>.

Con la legge n°55 del 1990, introduttiva della nuova versione

34) In *Camera dei Deputati, VII legislatura. Documenti*, stampato n°1490, pp.1-2. Sul punto cfr. PECORELLA, *Denaro (sostituzione di)*, in *Dig. disc. pen.*, cit., pp.366-367 e note ivi citate; Cass. sez. II, sent. n°13155 del 1986 in *Cass. pen.* 1988, cit., p.860.

35) L'attenzione per questo fenomeno è iniziata con la raccomandazione del 27 giugno 1980 del Consiglio d'Europa, che ne ha riconosciuto l'importanza. È proseguita con la Dichiarazione dei Principi di Basilea del 1988, la Convenzione delle Nazioni Unite tenutasi a Vienna il 19 dicembre 1988 sulla prevenzione del traffico di stupefacenti e la costituzione nel luglio del 1989 del Gruppo di Azione Finanziaria (GAFI) sul riciclaggio di denaro, fino alla Convenzione di Strasburgo sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato, dell'8 novembre 1990, ratificata in Italia con l. n°328/93. Sul punto, cfr. SCHWAIGHOFER, *La lotta al riciclaggio*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.* 1992, p.955s., trad. it. Silvio Riondato, in particolare p.957s.

36) Cfr. sul punto CASELLI, *Le recenti misure per l'ordine pubblico. Il decreto 21 marzo 1978 e le modifiche alla legge Reale*, in *Dem. dir.* 1978, p.127s.

37) Sul punto cfr. CRESPI-STELLA-ZUCCALÁ, *Commentario breve al codice penale*, Padova 1992, p.1531. PAGLIARO, *Sulla tutela penale dell'ordine pubblico nella legislazione di emergenza*, in *Studi in memoria di G. Delitala*, II, Milano 1984, p.1042, sottolinea come, in questo caso, ci troviamo di fronte a dei delitti ostacolo "degni di nota per la particolarità del meccanismo (un ostacolo «postumo», nel senso che il delitto-ostacolo si configura dopo la consumazione del reato principale, nel momento in cui il colpevole dovrebbe ottenere l'utile) sono poi l'aumento di pena per la ricettazione (l. 22-5-1975) e la creazione di una incriminazione autonoma per il riciclaggio del denaro sporco (d.l. 21-5-1978)". Sul punto cfr. anche PECORELLA, *Denaro (sostituzione di)*, in *Dig. disc. pen.*, cit., p.366

dell'art.648*bis* e dell'art.648*ter* c.p., la dottrina ha ravvisato, invece, una svolta significativa verso la consapevolezza di una "pericolosità in sé del fenomeno del riciclaggio e circa la sua valutazione in un'ottica, che non è più soltanto retrospettiva e di accertamento del reato a monte"<sup>38</sup>. Questo tipo di svolta va letta soprattutto se si tiene conto che si è voluta - da parte del legislatore - una netta distinzione tra la sostituzione del denaro, punita ex art.648*bis* c. p., ed il suo 'impiego', rilevante penalmente ex art.648*ter* c.p.<sup>39</sup>

Inoltre, parte della dottrina, trova, in questa impostazione, una conferma per dimostrare la natura plurioffensiva del delitto di riciclaggio che, con l'iscrizione, tra i delitti a monte, del traffico di sostanze stupefacenti, diventa "strumento di lotta alla grande criminalità organizzata"<sup>40</sup> e, come conseguenza, svolge un ruolo di difesa per l'ordine economico e l'ordine pubblico<sup>41</sup>. Tutto ciò, soprattutto se si tiene conto che il riciclaggio rappresenta il "tallone d'Achille" della criminalità organizzata, proprio in quanto è estremamente difficile riciclare e reinvestire flussi di denaro molto ingenti senza lasciare tracce<sup>42</sup>.

Riassumendo, in questa situazione, le modifiche apportate all'art.648*bis* c.p. nel 1990, per raggiungere le finalità che il legislatore si è prefissato, sono le seguenti:

- 1) si è modificata la rubrica della norma sostituendo a quella originaria il termine *riciclaggio*;
- 2) è scomparsa la struttura a consumazione anticipata;
- 3) si è introdotto il dolo generico, comprendente la consapevolezza della 'provenienza' del denaro dei beni o di altre utilità dai delitti a monte, laddove la versione originaria prevedeva il solo riferimento a *denaro o valori*;
- 4) non è più presente il riferimento al dolo specifico alternativo di ricettazione o favoreggiamento reale;

38) Così, FLICK, *Riciclaggio*, in *Enc. giur. Treccani*, cit., p.5.

39) Sul punto cfr. FLICK, *op. loc. ult. cit.*

40) Sul punto cfr. FLICK, *op. ult. cit.*, p.2; ID., *La repressione del riciclaggio ed il controllo dell'intermediazione finanziaria problemi attuali e prospettive*, cit., p.1255s., in particolare p.1261.

41) Sul punto cfr. *supra*, pp.9- 10.

42) Sul punto cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 2ª ed, Bologna 1989, p.670.

5) è stata inserita, nel corpo della norma, una condotta di favoreggiamento che richiede un dolo generico in riferimento a chi ostacola l'identificazione della provenienza del denaro, dei beni o di altre utilità dai delitti presupposto.

Questa nuova figura di *ricettazione-favoreggiamento* ha ancora maggiori affinità con l'art.379 c.p.: lo si evince dalla presenza di un dolo generico e dalla scomparsa dell'anticipazione della tutela presenti, invece, nella precedente versione dell'art.648*bis* c.p.; da un punto di vista strettamente formale, a mantenere in vita una distinzione tra 'nuovo' riciclaggio ed art.379 c.p., resta la sola presenza, nell'art.648*bis*, dei delitti presupposto. E, forse, proprio per evitare una probabile sovrapposizione di queste figure criminose, il legislatore ha sentito il bisogno di precisare che il favoreggiamento reale ricorre "fuori dei casi di concorso nel reato e dei casi previsti dagli articoli 648, 648*bis*, e 648*ter*";

6) è stata modificata la sanzione, che è passata dalla precedente previsione, del 1978, che andava da un minimo di quattro ad un massimo di dieci anni insieme ad una multa da un milione a venti milioni, alla versione del 1990, che, lasciando inalterato il minimo, ha aumentato il massimo della reclusione a dodici anni ed ha aumentato la multa, nel minimo a due milioni, e, nel massimo, a trenta milioni.

Particolare attenzione merita, alla luce delle precedenti affermazioni, lo sdoppiamento, all'interno della norma di cui all'art.648*bis* c.p., delle condotte di sostituzione e di ostacolo alla identificazione della provenienza del denaro, dei beni o di altre utilità. La loro sostanziale parificazione ha lasciato spazio, infatti, ad una interpretazione dottrinale che, partendo dalla correlazione che può esistere tra la condotta di *riciclaggio-favoreggiamento* e gli obblighi di informazione, a cui sono tenuti gli intermediari finanziari, ha configurato, come naturale conseguenza, l'inadempimento di tali obblighi, come un "ostacolo all'identificazione della provenienza del denaro ecc. dai delitti a monte; e quindi in un'ipotesi di applicabilità *ex art.648bis* c.p., sempre che ovviamente ne ricorrano i presupposti ed i requisiti di consapevolezza"<sup>43</sup>.

43) Cfr. FLICK, *Riciclaggio*, in *Enc. giur. Treccani*, cit., p.5.

5. Vien da chiedersi, a questo punto, qual è stata l'applicazione giurisprudenziale dell'art.648bis c.p. nella versione del 1990, anche in relazione ai contributi dottrinali che hanno interessato questa norma: dal momento dell'entrata in vigore di essa, e fino alla successiva riforma del 1993<sup>44</sup>, vi sono state soltanto due sentenze della Suprema Corte.

La prima pronuncia è della seconda sezione, la n°2851, del 16 marzo 1992<sup>45</sup>, secondo la quale "il delitto di cui all'art.648bis, c.p. configurandosi come fattispecie a consumazione anticipata, neppure richiede la protrazione dell'evento lesivo essendo sufficiente al riguardo il compimento di atti o fatti diretti a consentire la riutilizzazione di denaro o di altre utilità di provenienza specificamente illecita, che di detto delitto rappresenta il risultato prefissosi dall'agente".

Ad una prima lettura della sentenza, si evince la conferma della natura di delitto di attentato della norma di cui all'art.648bis nella sua versione originaria, in riferimento ad un fatto deciso in primo grado il 15 giugno del 1988 (Tribunale di Locri).

C'è da rilevare, poi, una prima imprecisione: il riferimento alle "altre utilità" non è esatto, in quanto, questa locuzione è presente nella norma del 1990, e non anche nella norma del 1978, alla quale si riferisce la sentenza in esame. Infatti, come abbiamo avuto modo di rilevare, quest'ultima prende in considerazione solo "denaro o valori" provenienti dai delitti presupposto.

Ma, quel che più lascia perplessi, è proprio il mancato riferimento all'art.648bis nella versione del 1990, sia da parte del giudice di secondo grado (la Corte d'Appello di Reggio Calabria) -che ha deciso in data 24 ottobre 1990- che da parte della stessa Suprema Corte (udienza del 5 dicembre 1991).

Infatti, la norma introdotta dalla riforma del 1990, può risultare più favorevole al reo, per cui, l'applicazione della stessa a questo caso, sulla base dell'art.2 co 3 c.p., sarebbe inevitabile. Se, in pratica, il soggetto condannato ha concretato "gli atti del riciclaggio che hanno realizzato nei suoi estremi essenziali il reato di cui all'art.648bis c.p."<sup>46</sup>, che si configurava come un delitto di attentato, allora la nuova norma, che integra un reato di

44) Sul punto v. *infra*, p.17s.

45) Pubblicata in *Giust. pen.* 1992, pp.747-748.

46) Sul punto cfr. *Giust. pen.*, cit., p.748.

danno, avrebbe, tutt'al più, permesso di incriminare il soggetto solo per il 'tentativo' di riciclaggio, con i conseguenti benefici in termini sanzionatori. In altre parole, visto che un delitto di attentato dà luogo -in presenza di atti o fatti diretti a sostituire denaro o valori provenienti dai delitti a monte- all'ipotesi di reato consumato, è agevole comprendere che la nuova formulazione dell'art.648bis -esistendo gli stessi presupposti di fatto- dovrebbe concretare solo un tentativo di riciclaggio<sup>47</sup>, se non addirittura meri atti preparatori non punibili.

L'altra sentenza -la n°7558 del 3 agosto 1993- della Suprema Corte, si occupa del nuovo testo dell'art.648bis c.p., risultante dall'art.23 della l. n°55 del 1990.

La sentenza si sofferma sull'abbandono della figura tipica del reato a consumazione anticipata, che configurava la "materialità del reato come fatti o atti diretti alla sostituzione di denaro o altre utilità provenienti da particolari, gravi, delitti".

Inoltre, la Cassazione precisa come la fattispecie risultante dalla riforma del 1990, si articola in "due ipotesi fattuali: la prima consiste nella sostituzione del denaro o delle altre utilità provenienti da specifici delitti; la seconda opera come formula di chiusura, incriminando qualsiasi condotta distinta dalla sostituzione - che sia tale da frapporre ostacoli all'identificazione del denaro, dei valori o altro di provenienza illecita specifica". Questa sentenza presenta la nuova fattispecie rimarcando la differenza tra un evento di *riciclaggio-ricettazione*, che vuole colpire chi sostituisce denaro, beni o altre utilità, ed un altro, di *riciclaggio-favoreggiamento*, che punisce chi 'ostacola' l'identificazione della provenienza del denaro, dei beni o delle altre utilità. Queste situazioni vengono però unificate per quanto riguarda il trattamento sanzionatorio.

La condotta di favoreggiamento, intesa -secondo quanto sostengono i giudici di legittimità- come "formula di chiusura", rischia di diventare troppo ampia. Ed in effetti, questa preoccupazione è ancor più evidente dopo avere considerato che, oggettivamente, l'inadempimento degli obblighi di informazione, che gli intermediari finanziari sono tenuti ad effettuare<sup>48</sup>, può tradursi in una ipotesi di ostacolo alla identificazione della pro-

47) Sulla natura del delitto di attentato cfr. *supra*, nota 28.

48) L'obbligo di segnalazione a carico dei soggetti che esercitano l'attività bancaria e quella di intermediazione finanziaria sono previsti (e sanzionati) dalla l. n°55 del 1990, all'art.30 e dalla l. n°197 del 1991 agli artt.2 e 5.

venienza del denaro, dei beni o delle altre utilità e configurarsi, di conseguenza, una ipotesi di applicabilità dell'art.648bis c.p., sempreché sussistano i necessari requisiti di consapevolezza richiesti da quest'ultima norma. Tuttavia, come ha evidenziato autorevole dottrina, nella valutazione della consapevolezza della provenienza dai delitti a monte del denaro e delle altre utilità, occorre considerare la tendenza alla dilatazione del dolo eventuale fino a ritenere sufficiente "soltanto una vera e propria colpa cosciente. Una simile dilatazione è già stata d'altronde prospettata a proposito della ricettazione, con riferimento alle ipotesi di dubbio circa la provenienza delittuosa e di accettazione del rischio di quest'ultima da parte dell'agente. E cioè agevole prevedere che l'art.648bis c.p., in questa prospettiva, possa essere evocato -se non applicato- come deterrente per indurre l'intermediario finanziario ad una quanto mai sollecita collaborazione con l'autorità giudiziaria o di polizia."<sup>49</sup>

Un ultimo aspetto della sentenza n°7558 del 1993 merita di essere menzionato se non altro per l'affinità con la citata sentenza n°2851 del 1992. Infatti i giudici sottolineano il fatto che "in tema di riciclaggio, nel caso in cui gli atti diretti alla sostituzione di denaro di provenienza illecita siano stati posti in essere anteriormente alla riformulazione del testo dell'art. 648 bis c. p. ad opera dell'art.23 legge n°55 del 1990, rettamente il giudice di merito, in aderenza al disposto dell'art.2 co. 3 c.p., ritiene applicabile la nuova disposizione siccome più favorevole, in quanto consente di riportare il caso concreto -integrante secondo la norma abrogata un'ipotesi di reato consumato- alla figura del tentativo". La sentenza in esame prende in considerazione una fattispecie in cui gli imputati erano stati trovati in possesso di denaro proveniente da un riscatto.

In casi del genere, i precedenti giurisprudenziali -come la sentenza n°11011 del 14 novembre 1988 a cui va collegata la n°2347 del 30 giugno 1980<sup>50</sup>- erano chiaramente nel senso della realizzazione della fattispecie di

49) Sul punto cfr. FLICK, *Riciclaggio*, in *Enc. giur. Treccani*, cit., pp.5-6.

50) "Il possesso di danaro proveniente dal pagamento di somme versate per ottenere la liberazione del sequestrato può essere interpretato da giudice come un indizio di partecipazione, materiale o morale, del possessore al delitto di sequestro di persona a scopo di estorsione". Così Cass. sez. II sent. n°2347 del 30 giugno 1980, in *Cass. pen. Mass. uff.* 1980 m. n°145758. La sentenza della sez. II n°11011 del 14 novembre 1988, in *Giust. pen.* 1990, cit., p.94, precisa che "il semplice possesso di banconote provenienti dal pagamento di somme versate per ottenere la liberazione del sequestrato, in uno alle contraddizioni incorse nel tentativo di giustificare la provenienza, pur essendo chiaramente indicativo di violazione della legge penale, non è sufficiente, in assenza di altri elementi almeno indiziari e sintomatici, a configurare la ricorrenza del concorso del possessore in sequestro a scopo di estorsione, ma integra la fattispecie di particolare ricettazione prevista dall'art.648bis c.p.".

cui all'art. 648*bis* (nella sua versione originaria): è sembrato opportuno, allora, indicare con chiarezza quale fosse la norma più favorevole al reo.

6. Con gli artt. 4 e 5 della l. 9 agosto 1993, n°328, le norme previste negli articoli 648*bis* e 648*ter* c.p., sono state nuovamente sostituite.

Questa nuova legge rappresenta la ratifica ed esecuzione della convenzione sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato, stipulata a Strasburgo l'otto novembre del 1990<sup>51</sup>.

L'ennesima versione della norma sul riciclaggio presenta due differenze rispetto alla precedente norma del 1990. Si nota, infatti, la scomparsa del riferimento a delitti presupposto, sostituiti dalla dizione "provenienti da delitto non colposo" e la modifica della condotta di *riciclaggio-favoreggiamento* in modo che venga punito chi compie in relazione al denaro, ai beni od alle altre utilità -provenienti, come abbiamo avuto modo di sottolineare, da delitto non colposo- "altre operazioni, in modo da ostacolare l'identificazione della loro provenienza delittuosa".

Per quanto concerne il primo aspetto, già si auspicava, da più parti, la scomparsa dei delitti a monte. A cominciare dal rapporto G.A.FI. del 1990 che, nella raccomandazione n°4, sosteneva l'opportunità di una estensione dell'ottica di repressione, comprendendovi pure -oltre le ipotesi contemplate di delitti a monte- anche altre ipotesi in modo da facilitare la repressione stessa; fino ad arrivare alla summenzionata convenzione di Strasburgo, dove si parla di superamento della figura dei delitti presupposto particolari.

Certo, l'eliminazione della figura dei reati a monte, può servire per esprimere meglio il disvalore, in sé, del delitto di riciclaggio<sup>52</sup>, anche se non pochi sembrano essere i problemi relativi all'accertamento di una tipicità così ampliata. Non ultimi, i costi dovuti all'introduzione della rete degli obblighi informativi da parte degli intermediari finanziari, e, soprattutto, i problemi relativi alla possibilità di utilizzare questa norma come chiusura di un sistema che, servendosi della figura, molto dilatata, del dolo eventua-

51) Sulla Convenzione di Strasburgo cfr. *La ratifica della Convenzione di Strasburgo (1990) in tema di riciclaggio*, in *Ind. pen.* 1993, p.751s.; PEZZUTO-IORIO, *La convenzione di Strasburgo sul riciclaggio*, in *Riv. G. di F.* 1994, p.983s

52) Sul punto cfr. FLICK, *Riciclaggio*, cit., p.5.

le, può riuscire a coprire un'area molto più ampia di quanto sia necessario per una corretta tutela penale in questo settore.

Si potrebbe, per quanto particolare, far rientrare in questo schema - soprattutto se si tiene conto della dilatazione del dolo eventuale come abbiamo avuto modo di esemplificare *supra*-, anche la parcella che l'avvocato percepisce dal proprio cliente in relazione ad "ogni delitto non colposo"<sup>53</sup>!

Inoltre, per quanto riguarda la modifica relativa alla condotta di *riciclaggio-favoreggiamento*, sembra si sia voluto ampliare la tipicità del comportamento parlando genericamente di "altre operazioni". Queste ultime, poi, devono essere poste in essere 'in modo da ostacolare' l'identificazione della provenienza del denaro, dei beni o delle altre utilità.

Rispetto al termine "ostacola", utilizzato precedentemente nell'art.648*bis* c.p. del 1990, la formula più ampia e, per certi versi, meno concreta e determinata (*in modo da ostacolare*), sembra voler confermare l'orientamento della Suprema Corte (sent. n°7558 del 1993) che vede la condotta in oggetto come formula di chiusura che incrimina qualsiasi condotta diretta alla sostituzione.

Ma, per stimare il successo di questa ulteriore modifica che è stata apportata alla norma in esame, bisognerà aspettare, poiché a tutt'oggi, non sono state ancora registrate interpretazioni giurisprudenziali su di essa.

Infine, in relazione all'art.648*ter*, può solo rilevarsi che non c'è stata alcuna pronuncia giurisprudenziale, né in relazione alla versione del 1990 che aveva introdotto questo articolo, né in relazione alla nuova formulazione del 1993. E ciò trae sicuramente ragione da una carente coordinazione della norma con quella relativa a riciclaggio e ricettazione, ma anche, se non soprattutto, dall'inadeguatezza in tema di trasparenza e controlli delle attività bancarie e finanziarie.

---

53) Cfr., anche per una esaustiva analisi critica, in una prospettiva comparatistica, BOTTKE, *L'esperienza tedesca in tema di lotta al riciclaggio*, in *Atti del Seminario internazionale "La disciplina penale dell'attività bancaria: esperienze e confronto"*, a cura dell'Istituto di diritto penale dell'Università degli Studi di Urbino e dell'Associazione Internazionale di Diritto Penale - Gruppo Italiano, Urbino-San Marino 20-22 ottobre 1994, in corso di pubblicazione, e VOLK, *La situazione normativa nella Repubblica Federale Tedesca*, *ivi*, *passim*.

CARLO PASQUARIELLO

COOPERAZIONE EUROPEA, INTERMEDIAZIONE FINANZIARIA  
E REIMPIEGO DEI CAPITALI DI ILLECITA PROVENIENZA.



*Sommario: 1. CENNI INTRODUTTIVI. 2. LA COOPERAZIONE IN EUROPA. 2.1. La Convenzione di Strasburgo. 2.2. La direttiva CEE del 1991. 3. RICICLAGGIO ED INTERMEDIAZIONE FINANZIARIA: PREMESSA. 3.1. Il ruolo del sistema bancario.*

## 1. Cenni introduttivi.

Una considerazione in termini di diritto sul tema del riciclaggio presenta non pochi problemi: basti pensare alla serie pressoché infinita delle singole tecniche di riciclaggio in concreto, nonché alla variegata molteplicità dei possibili autori.

Le difficoltà sono palesi e riguardano sia esigenze di ordine materiale contenutistico che sistematico-formale. In via di estrema schematizzazione, è stato osservato<sup>1</sup> che sotto il primo profilo va verificata, da un lato, la capacità di ricomprendere determinati comportamenti rispetto ai quali le stesse fattispecie non erano state originariamente concepite; dall'altro, la possibilità della creazione *ex novo* di fattispecie *ad hoc* in rapporto al controllo di nuove forme di condotta caratterizzate da indubbia dannosità sociale.

I problemi di ordine sistematico conducono all'alternativa tra l'inserimento nel codice penale di figure di nuova creazione o già esistenti ma dislocate in altro contesto normativo ed il trasferimento della materia nel suo complesso in singole leggi che potrebbero contenere anche norme penali. Non vi sono dubbi che per la caratterizzazione del fenomeno del riciclaggio sia indicata la scelta codicistica: in chiave generalpreventiva, l'accorpamento nella legge fondamentale tende a favorire il rispetto delle garanzie di legalità, assicura un maggior grado di conoscibilità della norma ed inoltre sottolinea, in termini di particolare disvalore, la contrarietà della condotta ai principi ordinamentali. Infatti la scelta codicistica rappresenta in materia di riciclaggio la soluzione indicata dalle raccomandazioni e da-

<sup>1</sup>) Cfr. MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Padova 1988, p.41 nota.

gli accordi elaborati in Europa.

E' stato giustamente osservato che l'impiego dei capitali illeciti rappresenta solo l'ultima fase del ciclo di trasformazione dei capitali di derivazione criminale in investimenti leciti; essa, pertanto, sembra rientrare in una strategia repressiva di tipo successivo, maggiormente attinente alla sfera del *post factum*, che parrebbe esprimersi essenzialmente nell'attivazione di misure di sequestro e di confisca dei proventi illeciti che costituiscono il capitale d'impiego dell'impresa criminale.

Ma prima che il capitale di illecita provenienza possa tornare sul mercato completamente "ripulito" è necessario un processo, appunto, di "ripulitura", o di *money laundering*, che viene fronteggiato sul piano politico-criminale attraverso il ricorso ad una duplice strategia legislativa: una di tipo preventivo, sulla quale più diffusamente avremo modo di soffermarci in questo nostro lavoro, "affidata alla legislazione complementare, che prevede l'allestimento di un complesso sistema di controlli sulla circolazione del danaro e sull'attività di intermediazione finanziaria" ed "una di tipo repressivo tradizionale, affidata a norme codicistiche, con la previsione di speciali figure di reato"<sup>2</sup>.

## 2. La cooperazione in Europa.

L'esigenza di contrastare il fenomeno del riciclaggio nel contesto di una strategia globale di collaborazione europea<sup>3</sup> è stata avvertita solo di recente, come dimostrano le Convenzioni, le raccomandazioni e le direttive emanate nell'ultimo decennio a seguito di un'effettiva presa di coscienza sulla reale dimensione del fenomeno criminale in argomento.

I contributi di ordine normativo a livello internazionale partono, infatti, dalla raccomandazione del Consiglio d'Europa datata 27 giugno 1980, che del riciclaggio si limita a constatare la pericolosità in quanto fenomeno di inserimento dei capitali di origine criminale nel circuito economico. Per

---

2) Cfr. MOCCIA, *Impiego di capitali illeciti e riciclaggio: la risposta del sistema penale italiano*, p.2 del dattiloscritto.

3) Sul tema, cfr. GROSSO, *Frode fiscale e riciclaggio: nodi centrali di politica criminale nella prospettiva comunitaria*, in *Riv.it.dir.proc.pen.* 1992, p.1278ss.

un'efficace azione di contrasto si segnala la necessità di un coinvolgimento delle banche, soprattutto per la definizione delle tecniche di individuazione del cliente e di segnalazione delle operazioni "sospette".

Allo stesso modo, la *Dichiarazione di Principi* emanata il 12 dicembre 1988 dal Comitato di Basilea per le Regolamentazioni Bancarie e le Pratiche di Vigilanza sulla prevenzione dell'utilizzo del sistema bancario ai fini del riciclaggio di fondi derivanti da attività illegali, impegna il sistema bancario a scoraggiare operazioni illecite e ad evitare di parteciparvi, anche per la perdita, in termini di credibilità, e di stabilità, che ne deriverebbe per il medesimo. Oltre all'obbligo di identificare la clientela e di garantire la massima collaborazione con le autorità giudiziarie e gli organi di polizia, viene imposto agli istituti di credito di accertare che ogni operazione effettuata rientri tra quelle *eticamente accettabili* ed in ogni caso non contrasti con la legge ed i regolamenti vigenti nello Stato di riferimento.

Seguono, in Italia, due note illustrative, rispettivamente del Governatore della Banca d'Italia (13 febbraio 1989) e dell'ABI (24 maggio 1989).

La Convenzione delle Nazioni Unite, tenutasi a Vienna il 19 dicembre 1988, pur limitandosi alla considerazione del traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotrope, impegna le Parti Contraenti a valutare come infrazioni penali una serie di comportamenti quando sono commessi intenzionalmente (art.3). E' da questo articolo che si evince una prima definizione del riciclaggio, descritto e punito come "il finanziamento di una delle infrazioni previste in materia di droga e suo traffico; la conversione o il trasferimento di beni che si sanno provenire da tali infrazioni, allo scopo di dissimularne o nasconderne l'origine illecita, o di aiutare chi sia implicato in tali infrazioni; la dissimulazione o il nascondimento della natura, dell'origine, della sistemazione, della disposizione, del movimento, della proprietà, di diritti reali, relativamente a beni che si sanno provenire da tali infrazioni; la consapevole acquisizione, detenzione, utilizzo di tali beni".

Successivamente, in occasione del vertice tra i Capi di Stato e di Governo dei sette paesi più industrializzati, tenutosi a Parigi nel luglio del 1989, viene costituito il *Comitato internazionale di esperti delle Amministrazioni finanziarie per lo studio del riciclaggio*, a cui aderiscono 14 paesi ed organismi internazionali, compresa la Comunità Europea. Si perviene, in tal modo, ad un'altra tappa importante della lotta al riciclaggio con il Rapporto del Gruppo di Azione Finanziaria (GAFI), presentato il 6 febbraio 1990, che amplia la nozione di riciclaggio data dalla Convenzione ONU del 1988. Giacché il riciclaggio dei profitti derivanti dal traffico di droga è associato con altre forme di ripulitura del denaro sporco, la raccomandazione n°5 del Rapporto propone di estendere il riciclaggio ad ogni altro crimi-

ne collegato alla droga, ovvero, in alternativa, a tutti i reati gravi, a taluni di essi specificati, o ai reati che generano proventi significativi. Dal punto di vista soggettivo, oltre alla consapevolezza dell'autore del riciclaggio circa la provenienza dei beni, la raccomandazione n°6 del GAFI ipotizza una forma di "consapevolezza potenziale", che rappresenta qualcosa di molto vicino alla colpa<sup>4</sup>.

Analogamente vengono imposti maggiori oneri al sistema creditizio e finanziario, con la previsione di obblighi di identificazione estesi non solo alla clientela ma anche e soprattutto agli effettivi beneficiari delle transazioni e l'eliminazione dei conti di comodo palesemente intestati a nomi fittizi. Si ipotizza, infine, la realizzabilità di un sistema informatizzato internazionale di supervisione sulle transazioni.

### 2.1. *La Convenzione di Strasburgo.*

La *ratio* della Convenzione di Strasburgo sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato, dell'8 novembre 1990, è da ricercarsi nell'esigenza di ovviare alla disorganicità della normativa pattizia esistente, soprattutto con riguardo alle procedure di sequestro e confisca dei proventi del reato.

La legge di ratifica<sup>5</sup> del 9 agosto 1993, n°328, si compone essenzialmente di due parti, la prima delle quali (artt.4 e 5) estende la portata del riciclaggio e del reimpiego di capitali di provenienza illecita fino a ricomprendere l'uso del denaro derivante da qualsiasi delitto e non più sol-

---

4) Cfr. FLICK, *La repressione del riciclaggio ed il controllo della intermediazione finanziaria. Problemi attuali e prospettive*, in *Riv.trim.Sc.Perf. Forze di Polizia*, n°3-4/92, p.19. L'elemento soggettivo del reato trova, quindi, una prima definizione formale in ambito comunitario. La successiva Convenzione di Strasburgo adotta un modello analogo a quello prescelto dal legislatore italiano per gli artt.379, 648, 648bis e 648ter c.p., mentre la direttiva CEE del 1991, sulla quale ci soffermeremo in seguito, oltre a definire l'elemento soggettivo del riciclaggio come la conoscenza della provenienza dei beni da un'attività criminosa o da una partecipazione ad essa, ovvero "l'intenzione o la finalità" richieste per le singole fasi di estrinsecazione della fenomenologia delittuosa -di conversione o trasferimento di beni, occultamento o dissimulazione della reale natura, provenienza, ubicazione, disposizione, movimento o proprietà o diritti sugli stessi; acquisto, detenzione o utilizzazione di beni, partecipazione ad uno degli atti sopra descritti ovvero associazione, ausilio o istigazione- ne rende desumibile la natura "in base a circostanze di fatto obiettive".

5) In proposito v. *La ratifica della Convenzione di Strasburgo (1990) in tema di riciclaggio*, in *Ind.pen.* 1993, p.751ss.

tanto da alcuni reati; la seconda parte (artt. da 6 ad 11) è volta essenzialmente ad attuare gli obblighi imposti dalla Convenzione in materia di cooperazione giudiziaria.

Si specifica che ai fini della Convenzione (art.1) *provento* significa ogni vantaggio economico derivato da reati; esso può consistere in *beni* in qualsiasi modo descritti, materiali o immateriali, mobili o immobili, nonché documenti legati o strumenti comprovanti il diritto di proprietà o altri diritti sui predetti beni. Per *strumento* si intende qualsiasi bene usato o destinato a essere usato in qualsiasi modo, in tutto o in parte, per commettere uno o più reati. La *confisca* si presenta, in tale assetto, come una misura o sanzione ordinata da un'autorità giudiziaria a seguito di un procedimento per uno o più reati, che consiste nel privare definitivamente di un bene. *Reato presupposto* è un qualsiasi reato in conseguenza del quale si formano proventi che possono diventare oggetto di uno dei reati di riciclaggio.

Sono reati di riciclaggio, ai sensi dell'art.6, innanzitutto i fatti che denotano intenzionalità e si risolvono in *conversione o trasferimento* di beni, con la consapevolezza della loro natura di proventi e lo scopo di occultare o dissimulare l'illecita provenienza dei beni stessi o aiutare persone coinvolte nella commissione del reato presupposto a sottrarsi alle conseguenze giuridiche dei loro atti. Analoghi effetti si manifestano nel caso di *occultamento o dissimulazione* della natura, dell'origine, dell'ubicazione, di atti di disposizione o del movimento di beni, nonché dei diritti di proprietà e degli altri diritti ad essi relativi, sapendo che detti beni sono proventi.

La fenomenologia del riciclaggio non è peraltro limitata alla generica connotazione di un fatto che rende maggiormente difficoltoso l'iter di accertamento della provenienza del bene: anche la consapevole *acquisizione*, il *possesso o l'uso di beni* che costituiscono proventi, ovvero la *partecipazione alla commissione di reati di riciclaggio*, l'*associazione allo scopo di commettere tali reati*, il *tentativo di commetterli*, nonché l'*assistenza*, la *facilitazione*, il *favoreggiamento e la prestazione di consigli per la loro commissione* integrano una fattispecie di riciclaggio. Sembra potersi ricavare, così, un assetto unitario in materia di riciclaggio, anche se la Convenzione intende fornire un indirizzo che legittimi la proliferazione di fattispecie simili ma non analoghe in materia. L'inquadramento di condotte ausiliatrici (favoreggiamento) e più in generale idonee a garantire una perpetuazione del fatto antiggiuridico (ricettazione in senso lato) nella *figura criminis* del riciclaggio ha, tuttavia, un preciso significato in termini strutturali. Per tutte le ipotesi descritte vengono richiesti il fine, la consapevolezza e il dolo quali elementi imprescindibili, *peraltro deducibili da circostanze obiettive e di fatto*, mentre alla scelta dei singoli Stati è rimessa la caratterizzazione

della figura delittuosa quando l'autore avrebbe dovuto ritenere che i beni costituivano proventi; quando l'autore ha agito al fine del profitto; quando l'autore ha agito allo scopo di promuovere lo svolgimento di ulteriori attività criminali.

Un limite significativo, imposto a tutte le Parti Contraenti, è invece da rinvenirsi nella prescrizione per cui non sarà considerato possibile il rifiuto di agire in virtù del segreto bancario. Ancora una volta il richiamo alla cooperazione internazionale sembra suggerire non solo l'improcrastinabilità di una strategia comune, ma anche l'esigenza di coordinare a livello europeo l'operato degli istituti di credito.

Residuano, anche nella Convenzione, le difficoltà di tracciare un confine preciso, in concreto ed *ex ante*, fra le ipotesi di dolo eventuale e quelle di c.d. colpa cosciente. "In concreto, tali profili lasciano intravedere la possibilità che -quanto meno in sede interpretativa e/o di applicazione delle norme sul riciclaggio in via c.d. strumentale (ad es. per costringere l'intermediario finanziario ad una collaborazione più solerte ed attiva con le autorità di prevenzione c/o repressione)- il requisito della consapevolezza effettiva sia destinato a stemperarsi, quanto meno, in una sorta di consapevolezza potenziale, per la quale è difficile individuare l'esatto confine con la colpa"<sup>6</sup>.

---

6) Così FLICK, *La repressione del riciclaggio ed il controllo della intermediazione finanziaria. Problemi attuali e prospettive*, cit., p.22. D'altronde -osserva l'Autore- una volta accertato che il coefficiente essenziale per la repressione del riciclaggio è la consapevolezza circa la provenienza illecita del denaro, l'informazione e la correlata disciplina possono essere utilizzate nella duplice prospettiva di raggiungere la prova circa l'effettività di tale consapevolezza, ovvero di sanzionare penalmente l'obbligo dell'intermediario di informarsi adeguatamente sulla provenienza del denaro intermediato. All'ipotesi di sanzionare penalmente l'utilizzo consapevole di denaro sporco si può, cioè, sostituire od affiancare l'ipotesi di sanzionare penalmente l'utilizzo di denaro senza adeguato controllo; quanto meno, le *condizioni fattuali obiettive* di esso (per usare la locuzione elaborata, al riguardo, in sede internazionale) denotano delle anomalie suscettibili di ingenerare dei sospetti (come appunto l'assenza di uno scopo apparente economico lecito). La tesi non manca di presentare connotazioni provocatorie, se non altro per la difficile tipicizzazione (quali possono essere i parametri obiettivi delle citate anomalie?) e l'altrettanto difficile realizzazione pratica (quale può essere il grado di percezione delle anomalie, quando si interviene soltanto in un singolo passaggio di un *iter* complesso, ignorandone sia le premesse che le conseguenze?). Tuttavia un simile traguardo finisce per rappresentare la conclusione pressoché inevitabile dell'*iter* che si è avviato in sede di elaborazione internazionale e di revisione della legislazione speciale.

La dottrina più autorevole ha evidenziato che in materia di riciclaggio non è possibile accontentarsi di una forma qualificata di dolo specifico, come invece avviene per la ricettazione, e che il ricorso a forme di dolo eventuale, coinvolgendo un giudizio di penale rilevanza, anche a carico dell'intermediario, in presenza di un semplice dubbio sulla provenienza illecita del denaro, è da ritenersi opportuno e sufficiente<sup>7</sup>.

Restano incertezze in ordine alla natura delle funzioni pseudo-poliziesche affidate agli intermediari finanziari e a responsabilità penali molto serie che si aggiungono ai profili deontologico-professionali, specialmente quando si è chiamati ad accertamenti che presuppongono vere e proprie indagini.

## **2.2. La direttiva CEE del 1991.**

La Direttiva CEE n°308 del 10 giugno 1991, alla quale gli Stati membri sono stati chiamati a conformarsi prima del 1 gennaio 1993, rappresenta probabilmente il più concreto intervento comunitario diretto ad assicurare un'azione di contrasto alle forme di movimentazione dei capitali illeciti<sup>8</sup>.

In particolare, si propone l'autonoma definizione del reato di riciclaggio in tutti gli Stati membri (art.2) e viene previsto l'obbligo per gli Enti creditizi e per gli enti finanziari, destinatari principali di tale Direttiva, di comunicare di propria iniziativa alle Autorità Giudiziarie competenti, senza che il cliente ne abbia contezza (art.8), ogni fatto relativo a un sospetto di riciclaggio che potrebbe costituire reato, non incorrendosi nella violazione del segreto bancario (art.9).

Le banche sono tenute ad identificare i propri clienti non solo all'inizio del rapporto d'affari, ma anche quando vengono effettuate operazioni (uniche o plurime) che superino l'importo di 15.000 ECU. Qual-

---

7) Cfr. GROSSO, *Frode fiscale e riciclaggio: nodi centrali di politica criminale nella prospettiva comunitaria*, cit., p.1280. Con questo argomento si è, peraltro, ritenuto di escludere l'estensione della responsabilità penale ad ipotesi di "colpa" dell'operatore finanziario.

8) È significativo che la Direttiva CEE richieda, da un lato, la "cooperazione degli enti creditizi e finanziari e delle loro autorità di vigilanza" nella difesa del sistema finanziario dal riciclaggio e, dall'altro, puntualizzi che "l'efficacia degli sforzi compiuti per abolire il riciclaggio dipende essenzialmente dall'armonizzazione delle misure nazionali di applicazione". Cfr. G.U.C.E. 28/6/91 n°1 166 e, per gli atti preparatori, G.U.C.E. 28/4/90, n.c. 106/6.

siasi dubbio in merito all'operato del cliente, che agisca per conto proprio o di terzi, impone l'accertamento dell'identità dell'effettivo beneficiario della transazione (art.3) e comunque l'astensione dall'esecuzione dell'operazione sospetta prima che sia stata informata l'Autorità competente (art.7).

La scelta dei delitti a monte viene rimessa alla decisione dei singoli Stati, anche se per il riciclaggio devono essere presi in considerazione non soltanto i proventi di reati connessi con il traffico di stupefacenti, ma anche quelli di altre attività criminose, quali la criminalità organizzata e il terrorismo (i cc.dd. *delitti serious*).

Sulla scorta di questa direttiva, i paesi della Comunità ed i cc.dd. *paesi terzi* hanno adottato soluzioni non sempre coincidenti<sup>9</sup>.

La strada generalmente prescelta per conferire peculiare rilievo all'ipotesi in argomento è quella di introdurre nuove fattispecie di parte speciale<sup>10</sup>. Tutto questo, sul piano operativo, non ha prodotto ancora risultati apprezzabili: dal 1978 al 1993 nel nostro Paese i casi di punizione del riciclaggio si contano probabilmente sulle dita delle mani, e la situazione altrove non è certo più confortante.

In Italia, la direttiva n.308/91 ha trovato anticipata attuazione con il decreto legge 4 gennaio 1991 n°2, che all'art.3 ha introdotto l'obbligo, per gli intermediari finanziari, di segnalare le operazioni sospette

---

9) In Germania, ad esempio, il riferimento ai par. 73 (confisca di denaro), 74 (confisca di beni) StGB e 33 della legge sugli stupefacenti non consente di individuare una specifica normativa diretta a prevenire o reprimere il riciclaggio di denaro sporco. Più di recente, si è pensato di introdurre anche l'obbligo di identificazione di chi effettua versamenti in contanti a partire da un determinato importo con l'introduzione anche dell'obbligo di segnalazione di operazioni sospette da parte degli istituti di credito. Su questa normativa si vedano le penetranti considerazioni critiche di BOTTKE, *L'esperienza tedesca in tema di lotta al riciclaggio*, in *Atti del Seminario Internazionale "La disciplina penale dell'attività bancaria: esperienze a confronto"*, a cura dell'Istituto di diritto penale dell'Università degli Studi di Urbino e dell'Associazione Internazionale di Diritto Penale - Gruppo italiano - Urbino-San Marino 20-22 ottobre 1994, in corso di pubblicazione, e di VOLK, *La situazione normativa nella Repubblica Federale tedesca*, *ivi*, *passim*.

10) Si veda l'esempio di Francia, Gran Bretagna e Svizzera.

ricollegabili a fenomeni di riciclaggio<sup>11</sup>. Tale disposizione, riprodotta, con sostanziali modifiche, nei due ulteriori decreti legge emessi in reiterazione del primo (8 marzo 1991 n°72 e 3 maggio 1991 n°143), è stata definitivamente approvata dalla legge di conversione 5 luglio 1991 n°197.

### 3. Riciclaggio ed intermediazione finanziaria: premessa.

L'attuale situazione dell'attività bancaria è caratterizzata da un tendenziale ristagno dell'intermediazione finanziaria tradizionale (c.d. *disintermediazione*) cui corrisponde un'espansione nel settore dei servizi. L'accrescimento della concorrenza esterna al sistema<sup>12</sup> fa poi da *pendant* all'inasprimento della concorrenza all'interno dello stesso sistema bancario. L'accordo di Basilea del 1988 ha tra l'altro inteso assicurare l'affidabilità del Sistema Bancario Internazionale e ridurre le disparità concorrenziali,

---

11) Si delinea, così, un sistema di vigilanza su tre livelli "il primo, per gli intermediari operanti con il pubblico che vengono iscritti in un elenco generale tenuto, attraverso l'UIC, dal Ministero del Tesoro; il secondo, per gli intermediari finanziari a rischio sistematico, individuati sulla base di criteri oggettivi (volume di attività, rapporto tra indebitamento e patrimonio) da iscriversi in un elenco speciale tenuto dalla Banca d'Italia e da sottoporre a controlli di tipo regolamentare, informativo e ispettivo; il terzo, per i soggetti che svolgono in via prevalente, ma non nei confronti del pubblico, le attività di assunzioni di partecipazioni, concessioni di finanziamenti, prestazioni di servizi di pagamento, intermediazioni di cambi, censiti in un'apposita sezione dell'elenco generale e sottoposti unicamente al rispetto di requisiti di onorabilità dei soci e degli esponenti aziendali, che, pur elevando la specializzazione operativa dei vari intermediari, hanno prodotto una selezione numerica degli operatori del settore": cfr. *Mafia ed economia*, estratto dalla *Relazione semestrale della DIA*, in *Progetto Sicurezza*, anno VI n°75, p.55.

12) Ci riferiamo al rapporto tra le banche e taluni istituti di finanziamento "che sostengono parte della loro attività grazie ai finanziamenti delle banche, riuscendo a lucrare sulla differenza del tasso di interesse praticato loro dal sistema bancario e quello applicato ai potenziali clienti". Nella *Relazione semestrale della DIA* si legge che in due regioni del Sud la spietata legge della concorrenza ha indotto due istituti di credito a tagliare i finanziamenti ad alcune società che percepivano gli utili proprio sulla base dei differenti tassi di interesse applicati alla clientela": cfr. *Mafia ed economia*, estratto dalla *Relazione semestrale della DIA*, cit., p.57. Tali strategie impongono l'attivazione di adeguati controlli (in particolare nelle zone ad alto indice di criminalità, ove le società finanziarie potrebbero celare fin dalla nascita una funzione strumentale di ripulitura dei capitali di illecita provenienza) su quelle strutture di intermediazione maggiormente esposte a bisogni di pronta liquidità.

stabilendo le regole di comportamento uniformi. Tale scopo è stato indirettamente perseguito in Italia, ove la forma delle S.p.A. sembra garantire, oltre alla maggiore snellezza operativa ed al rafforzamento del carattere di "impresa", una maggiore trasparenza ed una correlata definizione delle responsabilità e dei doveri degli amministratori. Si tratta, a questo punto, di verificare se anche altri circuiti di movimentazione di capitale garantiscano o meno l'attivazione di meccanismi di vigilanza e controllo: ci riferiamo alle società finanziarie e a quelle fiduciarie, alle imprese di assicurazione, alle società di gestione di fondi comuni di investimento mobiliare e a tutti gli uffici della pubblica amministrazione che rischiano di rimanere fuori dalle soluzioni di iperprotezione dei depositi bancari in chiave penalistica e di rappresentare, per la delinquenza organizzata, valide alternative per il *money laundering*<sup>13</sup>.

Solo di recente è stata intrapresa, in Italia, un'opera significativa di monitoraggio riferita all'andamento di alcuni settori dell'attività economica interessati dal fenomeno del riciclaggio e del reimpiego di capitali di illecita provenienza. È stato, così, possibile verificare l'incidenza della l. n° 197/91 nel controllo degli intermediari finanziari non bancari. Alla fine del '92 gli intermediari finanziari risultavano essere 25.539, localizzati in buona parte al Nord (75,5%, contro il 17% del Centro ed il 7,5% del Sud), ma già a partire dal 7 luglio 1993, data entro la quale le società finanziarie prive dei requisiti di legge avrebbero dovuto adeguarsi alle prescrizioni normative, sono scomparsi circa 3.850 intermediari<sup>14</sup>, a conferma non solo di un *trend* negativo nella circolazione dei capitali ma anche di una rinnovata esigenza di affidabilità avvertita dalla clientela<sup>15</sup>.

13) Denuncia siffatti pericoli, tra gli altri, FLICK, *Società fiduciarie, finanziarie e di intermediazione mobiliare*, in *Riv.Soc.*, 1990, p.455; ID., *Prospettive e problemi del controllo penale degli intermediari finanziari*, *ibidem* p.789; ID., *Le regole di funzionamento delle imprese e dei mercati. L'incompatibilità con il metodo mafioso: profili penalistici*, in *Riv.it.dir.proc.pen.* 1993, p.906ss.

Con riferimento all'esperienza svizzera cfr. GREBER, *Geldwäscheri*, Berna 1990, *passim*; STRATENWERTH, *Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil*, voll. 1 e 2, Berna 1990, *passim*.

14) Di controtendenza è il dato che proviene da tre regioni del meridione (Calabria, Basilicata e Sardegna), ove si è registrato un aumento delle società di intermediazione

15) Per i dati che precedono, si veda la *Relazione semestrale della DIA*, in *Mafia ed economia*, estratto dalla *Relazione semestrale della DIA*, cit., p.45ss.

### 3.1. Il ruolo del sistema bancario e finanziario.

Come abbiamo visto, i contributi di ordine normativo a livello internazionale evidenziano le aspettative che in sede europea erano state espresse da oltre un decennio in riferimento alla deontologia ed all'impegno del sistema bancario, in generale, nell'attività di contrasto e repressione del riciclaggio.

Sembra evidente la presa di coscienza in merito all'impraticabilità di qualsiasi politica criminale di intervento, qualora non siano in primo luogo le banche ad offrire una sorta di "autoregolamentazione a monte".

Inevitabile è il riconoscere che di fronte alle prospettive di razionalizzazione del mercato mobiliare il diritto penale acquista un'attenuata significatività<sup>16</sup>. L'esigenza di una tassativa descrizione delle fattispecie penalmente rilevanti poco si attaglia ai sofisticati sistemi illeciti di elusione e reimpiego, specie là ove ci si proponga di colpire, oltre al cliente, l'operatore di banca. Al sistema bancario viene in tal modo conferito l'obbligo di fornire soluzioni e risposte strategiche, nel contesto di una generale consapevolezza della valenza anche tecnica della questione.

E' riconosciuto il peso del contributo che la banca può offrire in termini di professionalità<sup>17</sup>. La banca ha un ruolo fondamentale nell'individuazione del cliente e soprattutto nella determinazione di effetti dissuasivi di condotte illegali di reimpiego ed ha altresì una sorta di obbligo "morale" nell'anteporre il rispetto del patrimonio quale forma di manifestazione della personalità dell'individuo ad ogni tipo di guadagno che egli o possa celare gli estremi di un'operazione finanziaria illecita<sup>18</sup>. Non potrebbe mai essere giustificato un illecito arricchimento, conseguito in base a strategie economiche spregiudicate che mortificano la funzione sociale del patrimonio, in nome di una "libera iniziativa economica".

---

16) Sul tema, cfr. FLICK, *Prospettive e problemi del controllo penale degli intermediari finanziari*, cit., p.785ss.

17) Cfr. SAVONA, *La grande corsa: mafia e legislazione anti-riciclaggio*, in *Pol.dir.* 1994, p.55. Indubbiamente la responsabilizzazione degli intermediari nella gestione delle informazioni dipende dal fatto che costoro hanno maggiori possibilità di "percepire l'illicità di una situazione più tempestivamente e più chiaramente di quanto non possano le stesse autorità giudiziaria e di polizia": cfr. MOCCIA, *Impiego di capitali illeciti e riciclaggio: la risposta del sistema penale italiano*, cit., p.24 del dattiloscritto.

18) Per l'affermazione del principio *pecunia nunc olet* cfr., per tutti, BERNASCONI, *Il riciclaggio di fondi di origine criminosa: cenni comparatistici di diritto penale bancario*, in AA.VV., *Nuove prospettive di diritto penale bancario*, Padova 1988, p.114.

E non è certo un mero assunto teorico l'individuare, correlativamente al soddisfacimento di interessi di mediazione economica anche nel contesto di manovre illegali, il verificarsi di un danno a carico dei consociati "onesti", che subiscono una indubbia diminuzione della potenzialità economica relativamente al raggiungimento di obiettivi personali<sup>19</sup>.

In questo senso, vi è anche un "invito" a che le strutture di intermediazione finanziaria non si lascino strumentalizzare dalla criminalità organizzata per la realizzazione di fini comunque illeciti, altamente lesivi per gli interessi della collettività<sup>20</sup>.

E' un invito ad una presa di coscienza che non manca di sostanziarsi in un preciso obbligo per gli Stati membri della CEE, chiamati ad assicurare che gli enti creditizi e finanziari operanti nel rispettivo territorio di competenza "instaurino adeguate procedure di controllo interno e di comunicazione intese a prevenire e impedire la realizzazione di operazioni connesse con il riciclaggio" ed altresì "adottino misure adeguate affinché i loro dipendenti siano a conoscenza delle disposizioni" contenute nella Direttiva CEE n°308/91. "Dette misure comprendono la partecipazione dei dipendenti più direttamente interessati a speciali programmi di formazione per aiutarli a riconoscere le attività che potrebbero essere connesse al riciclaggio e per istruirli sul modo di procedere in tali casi" (art. 11 della direttiva CEE n°308/91)<sup>21</sup>.

A tale scopo, la Banca d'Italia ha diffuso una serie di *indicazioni operative per la segnalazione delle operazioni sospette*, atte ad illustrare il "nuovo ruolo" del sistema bancario nella prevenzione e repressione del riciclaggio. Si tratta di elementi illustrativi che rispondono, in verità, ad un duplice obiettivo: da un lato, coinvolgere le strutture di intermediazione finanziaria in attività di controllo normativamente previste<sup>22</sup>; dall'altro,

19) Per queste argomentazioni cfr. MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio*, cit., p.70.

20) "Indipendentemente da qualsiasi sanzione di natura penale, è inammissibile per una banca ed i suoi impiegati o dirigenti partecipare ad attività che, alla fine, aiutano e sostengono la criminalità": cfr. LOMBARDINI, *La lotta contro il riciclaggio: la direttiva europea del 10 giugno 1991 e l'esperienza svizzera*, in *Cass. pen.* 1993, p.2681ss.

21) L'art. 12 della richiamata direttiva acutamente estende la portata dell'obbligo di vigilanza imposto agli Stati membri alle "attività professionali e categorie di imprese diverse dagli enti creditizi e finanziari di cui all'art.1, le quali svolgono attività particolarmente suscettibili di utilizzazione a fini di riciclaggio".

22) Sul punto, cfr. BARBIERA-CONTENTO, *Lotta al riciclaggio del denaro sporco. Nuova disciplina dei pagamenti, dei titoli di credito e delle attività finanziarie*, Milano 1991, p.49ss.

puntualizzare i termini della penale responsabilità per gli operatori di banca, a garanzia e tutela degli stessi. Viene pertanto escluso ogni coinvolgimento degli intermediari in attività investigative, "le quali rimangono di esclusiva competenza delle forze di polizia e degli altri organismi istituzionalmente incaricati di svolgerle".

Le indicazioni che si ricavano sono, in realtà, alquanto generiche ed ovvie. La collaborazione delle strutture bancarie nella lotta al riciclaggio viene attualizzata mediante l'approfondimento, ad opera degli intermediari, "della conoscenza della clientela, delle sue caratteristiche economiche, delle sue esigenze finanziarie". A tal fine, mentre l'intermediario dovrà adoperarsi per instaurare comunicazioni a due sensi con il cliente in un clima di reciproca fiducia, quest'ultimo dovrà esplicitare con assoluta trasparenza le motivazioni economiche sottostanti alle operazioni eseguite e alla relazione finanziaria nella quale esse si iscrivono. Qualora si registrino incongruenze tra il profilo economico-finanziario del cliente, la sua normale fascia di operatività e la specifica operazione richiesta, dovrà immediatamente attuarsi la procedura prevista in materia di segnalazione.

Viene però da chiedersi in che modo tale "approfondita conoscenza" della condizione patrimoniale del cliente giovi all'intermediario, allorché sia relativa alle sole operazioni ed ai movimenti di capitale che il cliente chiede a *quella* banca, disconoscendosi, magari, l'esistenza di ben più cospicui rapporti con altri enti creditizi e finanziari, specialmente se dello stesso Paese. Evidentemente, anche ai fini di una precisa conoscenza delle disponibilità dei propri clienti, potrebbe giovare un più diretto contatto tra le banche, agevolato dall'impiego dei sistemi informatici: aspetto, quest'ultimo, non adeguatamente valorizzato anche se decisivo, a nostro modesto avviso, per una strategia di intervento coordinato in materia di riciclaggio. A ciò deve collegarsi -prosegue il documento curato dalla Banca d'Italia- una qualificazione continua e sistematica del personale, affidata per buona parte ad associazioni di categoria ed organismi esterni attraverso iniziative volte ad approfondire la normativa, a studiarne le modalità di applicazione e a diffonderne la conoscenza in modo chiaro ed efficace. Non poco rilievo devono acquisire i controlli interni ad opera del collegio sindacale, a sua volta chiamato a predisporre programmi di accertamenti e specifiche tecniche di riscontro per verificare l'osservanza della normativa antiriciclaggio.

Più rispondente agli obiettivi di un'efficace lotta al fenomeno del reimpiego di capitali di illecita provenienza è la predisposizione di una casistica, necessariamente esemplificativa e non esaustiva, che fornisce un modello di anomalie destinate a richiamare l'attenzione degli operatori, specie se congiuntamente presenti.

Appare incerta, e non del tutto coerente con l'auspicato modello di cooperazione, invece, la scelta di affidare ai singoli intermediari la definizione e la formalizzazione delle procedure per la segnalazione delle operazioni sospette, rimettendo ad una *normativa interna* il compito di garantire certezza di riferimento per il personale ed omogeneità nei comportamenti. Al contrario, tale omogeneità sembra potersi conseguire solo attraverso il ricorso a procedure standardizzate, comuni alle strutture di intermediazione, ancorché flessibili e rispondenti alle specifiche finalità degli enti creditizi e finanziari.

Sotto tale profilo, la definizione concertata, prima a livello nazionale e poi internazionale, delle concrete possibilità di ausilio che ciascuna struttura di intermediazione è in grado di offrire per la repressione del fenomeno del riciclaggio, pur nella salvaguardia delle rispettive autonomie, appare tutt'altro che irrealizzabile.

Il sistema descritto non è certamente impermeabile alle infiltrazioni mafiose, particolarmente là ove si faccia ricorso all'impiego dei servizi accessori che le banche offrono: ad esempio, l'apertura di una cassetta di sicurezza. In ogni caso, una più approfondita valutazione dei movimenti di capitali quali "liquide disponibilità" garantisce benefici effetti di controllo sul riciclaggio nella fase intermedia di "ripulitura" del denaro non altrimenti veicolabile sul mercato.

Naturalmente, la perfetta riuscita di una simile strategia richiede una cooperazione internazionale effettiva e non meramente simbolica. Solo un'attività capillare di controllo effettuata in ciascun paese può rendere credibile l'imposizione di obblighi che sono destinati a gravare, in termini di burocratizzazione e di efficienza, sulle strutture di intermediazione finanziaria<sup>23</sup>.

In caso contrario, sussisterebbe il rischio di agevolare indebitamente l'economia proprio di quei paesi meno "sensibili" al problema del riciclaggio<sup>24</sup>.

In Svizzera, il richiamo ai doveri deontologici dell'apparato di

23) In tal senso, cfr. PECORELLA, *Circolazione del denaro e riciclaggio*, in *Riv.it.dir.proc.pen.* 1991, p.1241; MOCCIA, *Impiego di capitali illeciti e riciclaggio: la risposta del sistema penale italiano*, cit., p.2 del dattiloscritto.

24) Valga per tutti l'esempio dei c.d. *paradisi fiscali* e dei *paradisi bancari*. Un paradiso fiscale garantisce un'imposizione pressoché nulla, da cui può trarre vantaggio la persona fisica (come ad es. nel Principato di Monaco) o la persona giuridica (si pensi all'isola di Jersey) ovvero entrambe (ad es. Panama). Il paradiso bancario, dal canto suo, è notoriamente sottratto ad un'autorità centrale di controllo e garantisce forti ricavi economici per il paese che lo ospita.

intermediazione finanziaria aveva portato, già negli anni '70, a sperimentare soluzioni *interne*, peraltro non esclusivamente finalizzate alla lotta contro il riciclaggio<sup>25</sup>, rappresentate da un accordo interbancario o *Convenzione di diligenza* del 1977, che avrebbe dovuto fornire un indirizzo unitario nella valutazione delle operazioni eseguibili o meno. L'esito non era stato dei più felici, anche a causa del mancato coordinamento delle strategie interne, per così dire *disciplinari*, con lo strumento penalistico<sup>26</sup>.

Il ricorso a soluzioni di carattere penale fu, quindi, pressoché inevitabile, almeno per "aggredire" i proventi derivanti da condotte dolose di agevolazione del riciclaggio. Tuttavia, per garantire un ausilio agli operatori di sportello fu elaborata, a cura della *Commissione federale delle banche*, una circolare, datata 18 dicembre 1991, grosso modo rispondente al contenuto della direttiva CEE dello stesso anno.

L'effetto più significativo della strategia perseguita si è avuto nella progressiva eliminazione delle operazioni bancarie anonime, dapprima richiesta per operazioni di cassa superiori per importo ai 25.000 franchi svizzeri e poi anche per transazioni di valore inferiore, allorché ricorra il sospetto concreto di un'opera di riciclaggio<sup>27</sup>.

Le modalità di intervento in termini penalistici<sup>28</sup> creano, in ogni caso, problemi di non poco momento nella legislazione di ciascun paese.

Per quanto attiene al singolo operatore di sportello, è certamente ipotizzabile una piena consapevolezza dell'illicittà dell'operazione, maga-

---

25) Lo dimostra, peraltro, il perseguimento di una strategia "frazionata", che non contemplava alcuna forma di accordo con altri importanti rami dell'attività economica, come le società fiduciarie, non vincolate dalla natura della Convenzione.

26) Come osserva LOMBARDINI, *La lotta contro il riciclaggio: la direttiva europea del 10 giugno 1991 e l'esperienza svizzera*, cit., p.2683, "il rischio principale che correva una banca in caso di violazione delle norme sulla Convenzione di diligenza era una multa e l'eventuale allontanamento, su intervento dell'autorità di vigilanza, dei suoi dirigenti, se questi avevano partecipato all'operazione di riciclaggio. Siccome la multa era pagata dalla banca ed eventuali attività di riciclaggio mettevano in causa abitualmente semplici impiegati (e non dirigenti), che si trovavano allo sportello ed erano in rapporto diretto con la clientela, il settore bancario, in assenza di sanzioni effettive, non era realmente preoccupato dalla questione".

27) Cfr. LOMBARDINI, *La lotta contro il riciclaggio: la direttiva europea del 10 giugno 1991 e l'esperienza svizzera*, cit., p.2689.

28) Sul tema cfr. FLICK, *Prospettive e problemi del controllo penale degli intermediari finanziari*, cit., spec. p.791.

ri connessa a prospettive di lucro. In questo caso, *nulla quaestio*: la responsabilità per favoreggiamento reale, ove non ricorrano i più gravi estremi ricompresi nella clausola di salvezza dell'art.379 c.p., ha una precisa dimensione penalistica, utilmente integrata da incisivi riflessi di carattere disciplinare. Più difficile è la soluzione nel caso di una condotta priva di finalità di profitto e semplicemente negligente, disattenta, frutto della scarsa preparazione e delle limitate conoscenze tecniche dell'operatore che non "percepisce" l'illiceità della fattispecie che va a concretizzare.

A questo riguardo taluna dottrina ha ritenuto possibile definire in termini di colpa normativa l'elemento soggettivo caratterizzante tali ipotesi di condotta, fino a riconoscere in quest'ultima una vera e propria agevolazione colposa<sup>29</sup>. A nostro modesto avviso, sebbene la concertazione europea lasci adeguato spazio per interventi di carattere penalistico, sembra preferibile una soluzione interna, disciplinare, indubbiamente produttiva di risultati sul piano dell'efficacia e coerente con le istanze di una responsabilità per fatto proprio.

La prova dell'assoluta mancanza di ogni fine di lucro o di forme di costringimento od intimidazione sembra difficilmente conciliarsi con il ricorso allo strumento penalistico e le istanze di prevenzione generale e speciale che esso postula. Anzi, l'effetto che si rischia di ottenere è del tutto opposto. L'operatore finanziario *maldestro* finirebbe col subire un trattamento sanzionatorio inopportuno, dal momento che la (ri)socializzazione conseguente a fatti di criminalità organizzata presuppone (quantomeno) l'adesione ad un modello criminoso del quale presumibilmente costui è all'oscuro, oltre che sproporzionato e "destabilizzante".

---

29) Per gli esiti di tale sperimentazione in ambito valutario v. LANZI, *Le banche e la normativa penale valutaria*, in AA.VV., *Nuove prospettive di diritto penale bancario*, cit., p.49ss. L'idea di una ricettazione colposa, e più in generale dell'estensione del giudizio di responsabilità per fatto colposo in materia di reati contro il patrimonio, trova significativi elementi di riscontro in FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano 1990, *passim*, ed in MAZZACUVA, *Infrazioni valutarie e responsabilità penale degli operatori bancari*, in *Ind.pen.* 1981, p.532ss; ID, *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, Milano 1983, *passim*. Nel codice penale i riferimenti sono offerti dall'enunciato degli artt.648bis e 648ter e dell'art.712, mentre il più recente *Schema di legge delega per la riforma del codice penale* (ripreso nella *Legge di delega per l'emanazione del nuovo codice penale*, in *Giust.pen.* feb. '94, parte II), pubblicato su *Documenti Giustizia* 3/92, p.306ss., offre interessanti conferme negli artt.84 n°2 (riciclaggio) e 85 (contravvenzione dell'acquisto di cose di sospetta provenienza).

Non v'è chi non veda, al di là dello sbarramento penalistico, il pericolo di una stasi totale nella circolazione dei valori mobiliari a livello internazionale<sup>30</sup>, conseguente alla responsabilizzazione oltre misura del singolo operatore finanziario, compresso tra obblighi estremi sanzionati penalmente (conoscere a *tutti i costi* la provenienza illecita del capitale consegnatogli dal cliente) e politiche finanziarie di concorrenzialità, imposte dai dirigenti e spersonalizzate in una logica di impresa, garante d'impunità per la persona giuridica in quanto tale.

Di conseguenza, una volta disconosciuto l'effetto "comunque taumaturgico" del diritto penale<sup>31</sup>, non solo le ipotesi di un operato disattento ma anche quelle di grave negligenza andrebbero ricondotte al vaglio di un'autorità di vigilanza bancaria e finanziaria.

La necessaria conoscenza dell'illecita provenienza del capitale deve intendersi non come strumento di malintesa responsabilizzazione, oltre misura, dell'operatore di banca, ma come richiamo ai principi costituzionali di responsabilità e insieme stimolo a garantire una formazione professionale adeguata.

Quest'ultima è, indubbiamente, il presupposto di esigibilità della prima.

D'altra parte, l'esperienza europea dimostra che l'elaborazione di regole precise per attirare l'attenzione del funzionario di banca sui casi sospetti non consente di astrarre, almeno nei termini imposti dal diritto penale, da una prova rigorosa della conoscenza dell'origine illecita degli atti per

---

30) Sull'effetto boomerang dell'irrigidimento e della chiusura del sistema economico-finanziario nell'autotutela dei propri apparati cfr., tra gli altri BARBIERA-CONTENTO, *Lotta al riciclaggio del denaro sporco*, cit., p.188.

31) "La penalizzazione di comportamenti che, in sostanza, attengono all'esercizio quotidiano della propria normale attività lavorativa o professionale, non è da condividere, sul piano delle opzioni di politica legislativa": cfr. BARBIERA-CONTENTO, *La lotta al riciclaggio del denaro sporco*, cit., p.187. Gli Autori opportunamente richiamano il decisivo contributo di SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, Milano 1989, *passim*, in ordine alla denuncia della progressiva trasformazione del reato in *rischio sociale* ed alla conseguente, indesiderata mutazione dell'orientamento culturale della collettività nei riguardi dell'illecito penale, tale da generare forme larvate di acquiescenza, connivenza o comprensione e quindi una vera e propria "cultura dell'illegalità".

la pronuncia di una condanna<sup>32</sup>. Si torna, così, al punto di partenza.

Il requisito soggettivo della *conoscenza dell'illiceità* incontra problemi ancora maggiori di configurazione nelle ipotesi di "riciclaggio per omissione".

A questo riguardo è bene premettere che la rilevanza penale del riciclaggio per omissione postula il riconoscimento di vere e proprie "posizioni di garanzia", gravanti su coloro che hanno il dovere legale di impedire il fatto illecito (ad es. funzionari di polizia)<sup>33</sup>.

E' nella preservazione della propria "credibilità" che la banca riscopre, indubbiamente, il ruolo di "garante" di situazioni giuridiche molto delicate per gli interessi economici dello Stato. La sperimentazione di posizioni giuridiche di garanzia secondo il modello tipico dei reati d'obbligo lascia un adeguato margine, peraltro, all'adozione di rimedi di carattere extrapenale<sup>34</sup>.

Il solo dovere di segnalare le operazioni "sospette" da parte del singolo intermediario potrebbe costituire, proficuamente, oggetto di una disposizione penale, in virtù di una posizione "fondata su particolari requisiti

32) Così LOMBARDINI, *La lotta contro il riciclaggio: la direttiva europea del 10 giugno 1991 e l'esperienza svizzera*, cit., p.2685, il quale esprime serie perplessità in ordine alla soluzione di diritto penale escogitata in Svizzera. L'art.307ter del codice penale svizzero, che si applica unicamente a coloro che svolgono un'attività professionale in campo finanziario, sanziona la mancata identificazione del beneficiario economico di averi, "anche se non vi è nessuna ragione di pensare che questi abbiano un'origine criminale o anche se effettivamente non hanno un'origine criminale". L'effetto di una tale scelta di politica criminale è indubbiamente devastante e rischia di creare una scissione insanabile tra le forme di vigilanza interne al settore bancario e la giurisprudenza penale, posto che il giudice, magari inesperto in materia finanziaria, può operare le sue scelte anche senza avvalersi della consulenza dell'autorità di vigilanza o di esperti del settore. "Una banca può fare al cliente tutte le domande immaginabili; non ci sono dubbi sul fatto che i veri criminali forniranno con molta facilità tutte le risposte possibili, impiegando senza scrupoli anche false identità; in pratica solo i clienti più maldestri o i casi più evidenti potranno essere identificati"; cfr. LOMBARDINI, *La lotta contro il riciclaggio: la direttiva europea del 10 giugno 1991 e l'esperienza svizzera*, cit., p.2690.

33) Sull'applicazione delle norme antiriciclaggio agli avvocati cfr. LOMBARDINI, *La lotta contro il riciclaggio: la direttiva europea del 10 giugno 1991 e l'esperienza svizzera*, cit., p.2686.

34) Si veda, a questo proposito, l'art.7 co.3 della l. n°197/91, ove è prevista a carico di amministratori, sindaci e direttori generali che non si attengano alle istruzioni della Banca d'Italia in materia di vigilanza una sanzione di carattere amministrativo.

di professionalità ed onorabilità<sup>35</sup>.

Una volta definita la categoria degli intermediari finanziari e degli obblighi attinenti al servizio su di essi gravanti, impresa sicuramente non facile<sup>36</sup>, la previsione di un obbligo giuridico di segnalazione nei termini prospettati potrebbe rappresentare, in effetti, la soluzione per un sistema in cui l'esigenza di controllo non deve comunque ostacolare i flussi finanziari, rivestendo, il servizio di intermediazione, un carattere di pubblica necessità<sup>37</sup>.

Si renderebbe comunque necessaria, per non vanificare tale dettato di chiusura della disciplina codicistica anticiclaggio, un'opera attiva di vigilanza da parte della pubblica autorità amministrativa (ISVAP, Consob, Antitrust, Banca d'Italia, ecc.), che vada oltre "la mera istituzione dell'elenco degli intermediari finanziari" ed interessi anche le attività finanziarie extrabancarie<sup>38</sup>.

E' evidente la complessità del quadro di responsabilità attribuite agli organi di vigilanza, sia in riferimento al singolo operatore che ai gruppi finanziari di portata internazionale. L'autorità di controllo e vigilanza dovrebbe, da un lato, disporre dei necessari poteri di carattere disciplinare, tali da incidere sulla stessa posizione lavorativa dell'operatore, e, dall'altro delimitare l'ambito di operatività della norma penale di garanzia attraverso la selezione e la formazione delle persone da "responsabilizzare". Tali prerogative implicano, naturalmente, l'unificazione degli organi di controllo per il settore bancario, in particolare, e finanziario, in generale, e la definizione di procedure uniformi in termini di valutazione e giudizio a livello internazionale.

---

35) Cfr. MOCCIA, *Impiego di capitali illeciti e riciclaggio: la risposta del sistema penale italiano*, cit., p.23 del dattiloscritto.

Tale sembra essere, del resto, l'indirizzo del legislatore europeo, che nella prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio di proventi di attività illecite ha ritenuto non adeguati ed efficaci i rimedi di carattere solo extrapenale.

36) Sui soggetti abilitati all'intermediazione obbligatoria nei trasferimenti di denaro e di titoli al portatore, cfr. per tutti, BARBIERA-CONTENTO, *Lotta al riciclaggio del denaro sporco*, cit., p.113ss.

37) Cfr. BARBIERA-CONTENTO, *Lotta al riciclaggio del denaro sporco*, cit., p.82.

38) In tale prospettiva è stata estesa la vigilanza ai soggetti che esercitano attività finanziarie in genere con l'art.4 co.2 della l. n°197/91. Sul punto cfr. BARBIERA-CONTENTO, *Lotta al riciclaggio del denaro sporco*, cit., p.57.

E' indubbio che la praticabilità di una soluzione del genere dipende in buona misura dalla capacità del sistema bancario e finanziario di approntare determinate regole di riferimento per gli operatori, ma non è di secondaria importanza l'uniformità dei criteri impiegati da ciascun organo di controllo nazionale.

L'intervento sulle strategie concorrenziali attuate a livello europeo e mondiale dalle grandi concentrazioni ma anche dalle medie imprese dovrebbe, invece, muovere dalla fissazione di criteri uniformi, eventualmente integrati dalla regolamentazione dei flussi monetari interna a ciascun paese. Tale sembra essere, d'altronde, l'indirizzo originariamente delineato in ambito comunitario e poi tendenzialmente esteso anche ai paesi "terzi" dell'Europa.

In altri termini, occorre tipicizzare e rendere determinate le regole del gioco. Anche se il piano del confronto non è più quello del diritto penale, resta il problema di assicurare il rispetto della legalità e della tassatività. Ma è qui che nascono, spontanei, altri dubbi sulle scelte fin qui concertate a livello europeo: gli obblighi di segnalazione e di controllo devono ritenersi cogenti per tutti gli operatori o solo per alcuni? Ed in caso di selezione, quale dovrebbe ritenersi il criterio ottimale? A chi dovrebbe spettare il controllo sugli organi di vigilanza? E che natura dovrebbe avere, tale ulteriore forma di controllo?

A questi interrogativi si accompagnano certezze in ordine alla non piena realizzazione delle aspettative formulate in sede comunitaria. In effetti, le iniziative di autoregolamentazione bancaria sono per lo più legate alla buona volontà degli enti di ciascun paese, e quasi mai investono strutture parabancarie di finanziamento.

L'uniformità auspicata stenta, quindi, a decollare, anche a causa della mancata diffusione dei programmi di formazione, non concertati, peraltro, tra i paesi membri della CEE. L'effetto è stato consequenziale: nonostante l'iniziale timore che la posizione di garanzia individuata in capo agli operatori di sportello avrebbe prodotto un'impennata nella segnalazione delle operazioni sospette, paralizzando le attività di verifica da parte degli organi di polizia, si è dovuto prendere atto di un'apatia degli istituti di intermediazione finanziaria, forse ancora legati alle logiche del segreto bancario o più probabilmente poco sollecitati a recepire quanto loro richiesto.

E' un dato di fatto che, in Italia, come già evidenziato, i casi di punizione del riciclaggio, dal 1978 al 1993, si contano sulle dita delle mani e che non risultano essere stati aperti procedimenti penali ai sensi

del "nuovo" art.648ter c.p.<sup>39</sup>.

E' legittimo domandarsi, a questo punto, e riteniamo che la risposta debba essere affermativa, se l'attuazione, o meglio l'ottimizzazione di un sistema di carattere amministrativo-disciplinare, non possa rivelarsi decisiva anche ai fini dell'applicazione della legislazione penale in materia di riciclaggio<sup>40</sup>.

Giova sottolineare che, in una politica di controllo e vigilanza sulla struttura di intermediazione finanziaria, misure sanzionatorie come la sospensione temporanea della società o la cancellazione della stessa, a condizione di effettività, diventano efficaci e dissuasive ancor più di un rimedio di carattere esclusivamente penale, peraltro difficilmente configurabile in rapporto alle persone giuridiche.

L'attivazione dei meccanismi di verifica interni all'apparato di intermediazione finanziaria, inoltre, non esclude ma anzi postula il controllo pubblicistico, a garanzia di legalità.

L'esigenza di approntare idonee forme di controllo amministrativo "interno" alle strutture di intermediazione finanziaria si riflette, in definitiva, sul piano della sanzione penale, consentendone l'applicazione nei riguardi dei singoli componenti quante volte non sia stata prevenuta o denunciata, ad esempio, una politica concorrenziale di espansione "a tutti i costi", che prescinde dalla lecita provenienza dei capitali incamerati<sup>41</sup>. Alla *culpa in vigilando* si accompagnano, in tali ipotesi, veri e propri ricavi di provenienza illecita, che costituiscono la cartina al tornasole di condotte agevolatrici o addirittura associative. Il ricorso allo strumento penale diventa, in questi casi, inevitabile (*extrema ratio*).

---

39) Non a torto è stato evidenziato che nell'esperienza di altri Stati le fattispecie rapportabili a quella di cui all'art.648ter del codice penale italiano non ha trovato applicazioni analoghe: v. BARBIERA-CONTENTO, *Lotta al riciclaggio del denaro sporco*, cit., p.53.

40) Per quanto attiene ai provvedimenti cautelari ed alle sanzioni amministrative in relazione alle società di intermediazione mobiliare, alle aziende e istituti di credito, diffusamente AZZALI, *L'intermediazione finanziaria*, in *Riv.it.dir.proc.pen.* 1993, p.42ss.

41) Indubbiamente la causa di tali politiche di impresa spregiudicate va individuata nella depenalizzazione e liberazione valutaria cui è seguita, a livello europeo, una sorta di *deregulation* alla quale solo di recente si tenta di porre un argine, ad es. mediante forme di monitoraggio sui movimenti di capitali tra stati della Comunità: sul punto, cfr. FLICK, *Prospettive e problemi del controllo penale degli intermediari finanziari*, cit., p.792.

Non è assolutamente tutelabile, a nostro sommo avviso, il diritto "economico" al profitto sulla base del principio *pecunia non olet* e del malinteso, o quanto meno strumentalizzato, diritto costituzionalmente riconosciuto alla gestione dei beni e della proprietà, se questo comporta la contestuale violazione delle garanzie e dei diritti della persona di cui il patrimonio rappresenta, come evidenziato, uno strumento di realizzazione e manifestazione<sup>42</sup>.

Non riteniamo superfluo ricordare in questa sede che la "libera" iniziativa economica privata non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recar danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana (art.41 co.2 Cost.) e che la proprietà privata è in sé riconosciuta e garantita dalla legge nell'ambito delle opportune limitazioni che ne assicurino la funzione sociale (art.42 co.2 Cost.).

Il diritto di proprietà, riconosciuto nell'art.42 co.2 Cost., incontra, pertanto, in funzione della salvaguardia di interessi superindividuali, una serie di limitazioni che ne intaccano il carattere di diritto fondamentale.

Non vorremmo, tuttavia, correre il rischio di essere fraintesi, nell'affidare al sistema bancario l'individuazione dei canoni di determinatezza e tassatività della fattispecie di riciclaggio<sup>43</sup>.

Il diritto penale, salvaguardato nella naturale sua funzione di *extrema ratio*, non può trascurare il fenomeno della criminalità economica organizzata, che esprime contenuti di dannosità sociale davvero formidabili, specialmente se relazionali con la tipicizzazione ed il rigore che interessano altri reati patrimoniali tradizionali<sup>44</sup>.

---

42) Sembra essere questo il rinnovato intendimento delle strutture di intermediazione in Italia, come dimostra l'accordo interbancario varato nel luglio del 1989 per affrontare il problema su basi convenzionali e di spontanea collaborazione con l'Autorità: cfr. FLICK, *Prospettive e problemi del controllo penale degli intermediari finanziari*, cit., p.793; ID., *Le risposte nazionali al riciclaggio di capitali. La situazione in Italia*, in *Riv.it.dir.proc.pen.* 1992, p.1290.

43) La centralità del diritto penale nella repressione del fenomeno del riciclaggio è peraltro ribadita dalla direttiva del 10 giugno 1990 n°308 della CEE.

44) Sulle gravi turbative allo stesso ordine economico generate dall'investimento produttivo dei proventi di derivazione illecita cfr. CRESPI, *Aziende di credito e repressione del riciclaggio di proventi illeciti (Appunti intorno a recenti disegni di legge)*, in *Riv.soc.* 1990, p.1403ss.; AZZALI, *Diritto penale dell'offesa e riciclaggio*, in *Riv.it.dir.proc.pen.* 1993, p.429 e p.433; MOCCIA, *Impiego di capitali illeciti e riciclaggio: la risposta del sistema penale italiano*, cit., p.1 del dattiloscritto e bibliografia ivi menzionata. In ordine alla potenziale alterazione della concorrenza v. invece GROSSO, *Frode fiscale e riciclaggio: nodi centrali di politica criminale nella prospettiva comunitaria*, cit., p.1277.

FERRANDO MANTOVANI

CONCLUSIONI.



Queste giornate urbinatese-sammarinese, così dense di analisi critiche e propositive, avrebbero dovuto chiudersi, nel migliore dei modi, con la relazione di sintesi del Prof. Marcello Gallo. Per la sopravvenuta impossibilità di questi di presenziare, esse si concludono invece, più mestamente, con queste mie brevi parole, per rispondere all'invito rivoltomi dai cortesi Organizzatori di queste giornate di studio e per non derogare alla consuetudine che vuole che ogni convegno rispettabile, e somma è la rispettabilità del nostro, si chiuda con una relazione conclusiva. La mia non sarà, quindi, una relazione di sintesi, poiché non lo consentono l'ora tarda, la ricchezza delle problematiche trattate (ben superiore a quanto già l'ampiezza e varietà dei titoli delle relazioni e degli interventi lasciavano intuire) e l'impossibilità da parte mia di sintetizzare relazioni, che non ho potuto ascoltare - e ne sono dispiaciuto - perché, per ragioni di forza maggiore, ho potuto partecipare soltanto a quest'ultima giornata di lavori sarà soltanto l'esposizione di alcune marginali considerazioni, di tecnica legislativa e di merito, suggeritami dalle stimolanti relazioni ed interventi di oggi.

Sotto il profilo della tecnica legislativa, da talune relazioni sono emersi, anche se in modo indiretto, taluni interrogativi, che potremmo così enunciare: un diritto penale bancario autonomo o non autonomo? E, se non autonomo, è sufficiente il diritto penale comune oppure è necessario un diritto penale speciale dell'impresa, assorbente in sé anche l'attuale diritto penale bancario? E, se occorre un diritto speciale, esso deve essere relegato nella legislazione penale speciale oppure recuperato nel codice penale?

Dalle relazioni italiane, tedesche e spagnole, appare emergere, ad un tempo, la non necessità di un diritto penale bancario autonomo (mancante, ad esempio, in Germania), la insufficienza del diritto penale comune (come dimostra l'attuale realtà legislativa spagnola) e la necessità di un diritto penale speciale dell'impresa.

Circa la collocazione, va ricordato che lo Schema di delega legislativa per un nuovo codice penale, ispirandosi al principio della centralità del codice penale e della complementarità marginale della legislazione penale e al principio della semplificazione ha tentato il recupero del diritto penale dell'impresa e, più in generale, del diritto penale economico nel codice penale e ha assorbito le fattispecie dell'attuale diritto penale bancario in più ampie fattispecie. Così, ad esempio, sono ricondotte ad un'unica fattispecie di aggravi (collocata tra i reati contro la produzione e il mercato) le tre

attuali ipotesi dell'aggiotaggio comune, dell'aggiotaggio societario e dell'aggiotaggio bancario. Ed, ancora, l'attuale reato di mendacio bancario è assorbito nella fattispecie generale della frode nelle richieste di credito, collocata tra i reati contro l'economia imprenditoriale, e l'attuale reato di esercizio abusivo dell'attività bancaria nella fattispecie generale dell'esercizio non autorizzato di impresa, collocato tra i reati connessi alla costituzione ed organizzazione dell'impresa.

Passando alle considerazioni di merito, e più specificamente a quelle relative alla responsabilità penale degli operatori bancari, un dato di certezza appare, dopo tante alterne vicende, ormai definitivamente acquisito circa la responsabilità penale delle persone fisiche: la loro qualificazione privatistica rispetto alle normali attività privatistiche, di raccolta del risparmio e di erogazione del credito, che le sottrae allo statuto penale della pubblica amministrazione. Anche per quanto riguarda il segreto bancario, che, se mal si prestava ad essere ricondotto al segreto d'ufficio anche ai tempi della giurisprudenza che qualificava in termini pubblicistici gli operatori bancari, a fortiori non può che essere ricondotto, oggi, al segreto professionale, poiché significherebbe, altrimenti, decretarne la liceità penale. Il ritorno pubblicistico, lamentato a proposito dell'omessa segnalazione delle operazioni bancarie ai fini della lotta contro il riciclaggio, può essere visto ormai come ipotesi marginale di supplezza giurisprudenziale per riportare al reato di omissione di atti d'ufficio un comportamento che il legislatore ha dimenticato o non ha voluto sanzionare.

Aperto resta, invece, il problema della responsabilità penale degli istituti di credito, che si inserisce nella perenne dialettica tra una concezione personalistica del diritto penale (della colpevolezza e della pena), che porta a riaffermare il tradizionale principio del *societas delinquere non potest*, e una concezione apersonalistica del diritto penale (della responsabilità e della sanzione penale), che legittima l'innovativo principio del *societas delinquere et puniri potest*. Contrapposizione di fronte alla quale sta la realtà della *societas saepe delinquit* e l'accrescersi del numero dei paesi europei, che, pure se in termini diversi, hanno introdotto la responsabilità delle persone giuridiche (originariamente la Gran Bretagna e poi il Portogallo, l'Olanda e di recente la Francia), nonché certe tendenze di favore, per tale responsabilità, nell'ambito europeistico. E se è vero che tutto ciò che è "europeo" non è, per ciò solo e magicamente, "buono", è pur vero che un'omogeneizzazione delle diverse legislazioni dei paesi comunitari sul punto è esigenza che non potrà non imporsi.

E, da ultimo, sul *punctum dolens* del riciclaggio, non è forse del tutto superfluo fissare qualche dato.

Un primo dato è l'elevato disvalore sociale del riciclaggio, poiché non si tratta più di riaffermare il principio che a nessuno è lecito arricchirsi col delitto, appartenente all'era romantica della ricettazione, bensì il principio che a nessuno è consentito di creare imperi economici attraverso la criminalità organizzata. La "ripulitura" dei capitali "sporchi" e l'investimento dei capitali "depurati" nei normali circuiti delle attività economiche e finanziarie lecite è causa idonea di gravi turbamenti dell'ordine economico e dell'ordine socio-politico. Dell'ordine economico, perchè tali fenomeni, lungi dal rientrare nella logica della libertà di mercato ne altera le regole, in quanto la disponibilità di ingenti risorse illecite a costi inferiori a quelle lecite finisce per intaccare il principio della libera concorrenza, per portare a progressiva appropriazione del mercato da parte della criminalità organizzata, monopolizzatrice, e per fare coincidere i sistemi di gestione del mercato sempre meno con quelli delle leggi economiche e sempre più con quelli illeciti, propri della criminalità organizzata. E, altresì, dell'ordine socio-politico, in quanto l'incontestabile aumento del potere economico della criminalità organizzata, potenziato dalle attività lecite ulteriormente lucrative, rischia, se non contrastato, di spostare sul versante della criminalità anche i centri di potere reale, politico e sociale, e di porre in essere aggressioni, senza precedenti, agli equilibri nazionali e internazionali: già denunciati anche in sede di Nazioni Unite, con particolare riguardo agli stretti legami tra il traffico della droga, traffico delle armi e di materiale nucleare, sovversione, terrorismo internazionale e altre attività criminose organizzate, che diffondono violenza e corruzione e pongono in pericolo la stabilità politica e perfino la sicurezza di certe aree: le piaghe della fine del presente millennio e del nuovo.

Un secondo dato - quasi, per così dire, una legge criminologica - è che quando un fenomeno criminoso supera i limiti di sopportabilità sociale, il corpo sociale tende, per elementare legge di reazione, a reagire in misura adeguata. Se non è predeterminabile, a priori, il punto critico di frattura della sopportabilità sociale, è però constatabile, a posteriori, l'avvenuta reazione autodifensiva del corpo sociale, se sufficientemente organizzato. Come stanno a dimostrare anche i recenti macrofenomeni criminali del terrorismo, del traffico di stupefacenti, della "cleptocrazia" politico-amministrativa, nonchè in particolare, della criminalità organizzata di stampo mafioso. La progressiva trasformazione del fenomeno mafioso, il più pericoloso in assoluto (perchè pericoloso non solo per i singoli come la criminalità comune, ma per "società legale" e per le istituzioni), da associazione per delinquere a "contrordinamento criminale" (con devastanti effetti sul piano dello sviluppo economico di regioni maggiormente biso-

gnose, degli appuntamenti europei, dell'esercizio dei fondamentali diritti civili, della regolarità delle consultazioni elettorali), ha portato a quella reazione autodifensiva, concretatasi in tutta una serie di misure legislative che, combinantesi con una più ferma volontà della loro applicazione (seguita alla crisi di una classe politica, vissuta anche nella convinzione di potere indefinitivamente "coesistere" con la mafia, nello scambio di voti e di appalti), ha dato e sta dando risultati che inducono meno pessimisticamente a pensare che tale fenomeno possa essere ricondotto almeno nei limiti della sociale sopportabilità.

Un terzo dato è che le misure legislative dell'incriminazione del riciclaggio e dell'impiego dei capitali riciclati, sono tanto "diffuse", perché adottate o in via di adozione in molti paesi, quanto rivelatesi "simboliche", per la loro difficoltà e scarsità di applicazione. E a questo proposito occorre, più meditatamente, chiedersi se il "simbolismo" di una norma significhi, per ciò solo, "inutilità" della stessa e, quindi, opportunità della sua abrogazione. La risposta implicherebbe l'esame di una certa quale ambiguità, che talora si annida nella teoria dell'"effettività" della norma, allorché non si distingue tra: a) le norme a tutela degli interessi storicamente contingenti od occasionali, o configuranti autentici delitti senza vittime, ove il dilatarsi della "cifra oscura" può giustificare l'abrogazione; b) le norme incriminanti fatti che attengono alle condizioni-base della stessa convivenza sociale, ove l'ampiezza della cifra oscura impone, viceversa, un potenziamento della legge e degli strumenti di accertamento. E ciò vale anche per il fenomeno del riciclaggio e dell'impiego di capitali di provenienza illecita, ove l'impunità della quasi totalità dei fatti non decreta, per ciò solo, l'abrogazione delle relative norme incriminatrici. Per almeno una triplice ragione: 1) perché tali norme vanno prese non isolatamente, ma come tessere del complesso mosaico di misure antimafia, previste in una legislazione, è vero, formata per stratificazioni successive, affetta da sciattezza tecnico-legislativa, non sempre in armonia con la razionalità garantista e costituita da norme, talune rivelatesi più efficaci e altre meno (quali, appunto, quelle sul riciclaggio), ma che nel complesso sono servite e stanno servendo per una più intensa lotta antimafia; 2) perché dette norme stanno, da un lato, a stigmatizzare, per la loro "specificità" e per la stessa maggiore "durezza" del nuovo termine di "riciclaggio" rispetto a quello ormai abituinario, di "ricettazione", il disvalore sociale del fenomeno del riciclaggio di fronte alla comunità sociale, percepito in modo più netto rispetto alla meno allarmante ricettazione; e, dall'altro, ad ammonire che la lotta alla mafia è lotta non di "pochi", preposti, ma di "tutti" e che richiede la "collaborazione" di tutti, anche per quanto riguarda il settore dei capitali di pro-

venienza illecita, a cominciare dagli operatori bancari: perchè ogni società è difesa contro il crimine, e segnatamente contro la criminalità organizzata, nella misura in cui sa programmare e organizzare la propria politica criminale ed essere partecipe della stessa; 3) perchè l'enfatizzazione del simbolismo delle norme in questione può portare alla passiva rassegnazione per l'invincibilità del fenomeno riciclatorio, come aspetto connesso alla economia di mercato e del cinico principio della *pecunia non olet*, mentre esso richiede, invece, un potenziamento degli strumenti di lotta legislativi, penali, o extrapenali che siano, e di accertamento.

Anche se, va ricordato, che il diritto punitivo amministrativo non può costituire, mi si consenta l'espressione, il "cassonetto dei rifiuti" del diritto penale, con un ritorno, nella ripetitività dei comportamenti umani, alla visione "classica" dei rapporti tra illecito penale e illecito amministrativo, nel quale la Scuola classica scaricava tutto ciò che non atteneva alla "purezza" del diritto penale, salvo poi recuperare sul terreno del diritto di polizia quelle deroghe al garantismo, non ammesse dal sistema penale. E a questo proposito va ricordata, di fronte a certe tendenze anche di paesi europei e della comunità europea verso la previsione di sanzioni punitive amministrative, non meramente pecuniarie (per aggirare, ad esempio, l'ostacolo della mancanza di previsione della responsabilità penale delle persone giuridiche), quella dottrina italiana che considera "depenalizzazione anomala", di dubbia legittimità costituzionale, quella in cui le misure applicabili, formalmente amministrative, sono in qualche modo restrittive delle libertà del soggetto, anche di quella imprenditoriale.

E, per concludere, è indubbio che, accanto ad un "diritto penale della razionalità" garantista, è andato sviluppandosi un "diritto penale della necessità" dell'emergenza, poichè anche la necessità della difesa sociale, e la legge della paura hanno i propri ostinati diritti.

Ed è ancora legge criminologica che tra garantismo e difesa sociale esiste una potenziale tensione e oltre certi limiti, conflitto, poichè tra andamento della criminalità e garanzia esiste un rapporto di frazione inverso: ad ogni consistente aumento della criminalità, e, quindi, di richiesta di difesa sociale, fa riscontro un'immancabile attenuazione delle garanzie.

Nessun paese può illudersi di poter conservare immutato il proprio sistema di garanzie in uno stato di dilagante criminalità, di anomia, di illegalità diffusa, ove un numero sempre maggiore di persone viola, ogni giorno, un numero sempre maggiore di leggi.

Il futuro deciderà se l'attuale tendenza espansiva dell'illegalità e connessi inquinamenti garantisti resteranno una fase transitoria, coincidente con una profonda crisi della nostra civiltà, o se, attraverso nuovi sviluppi,

sarà destinata a caratterizzare stabilmente la nostra vita, quale espressione delle raffioranti, concezioni torbide e regressive del mondo. Il "male" non sta tanto nelle leggi non garantistiche, ma nelle sottostanti cause sociali che le legittimano.

La libertà -non va mai dimenticato- non è un destino, ma una conquista quotidiana.





