

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.648*bis*, 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.648*bis* 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.305*bis*) e la carente diligenza in operazioni finanziarie (art.305*ter*).

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.260*ter*, 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. 305*ter*, 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.12*quinquies*, 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 un'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 *GUCE*, 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, perchè 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.

Riterremmo 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 riconsegna 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 "pista 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 ostacolandone 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 sè, 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.305*bis* costituissero, prima dell'entrata in vigore dell'art.260*ter* 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.305*bis*, 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 un 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, allorquando 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 *Erfolgssdelikt*, 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, nè prefigura 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 anticipare 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 fruibile 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 omissivo, 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.305<sup>ter</sup>, 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.260<sup>ter</sup> 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.305bis, n°2 CPS, qualifica come forma aggravata di riciclaggio la gestione finanziaria di fondi aventi origine illecita, l'art.260ter reprime il sostegno in quanto tale fornito a un'organizzazione criminale. Sono presenti nella fattispecie gli elementi classici di questo tipo di reati: il fattore organizzativo e il concetto di stabilità 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 perchè 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.183 e 184; presa di ostaggio, art.185), nonchè 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<sup>ter</sup>. In particolare, se una persona risulta punibile ai sensi dell'art.260<sup>ter</sup> 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<sup>bis</sup> e <sup>ter</sup>, 260<sup>ter</sup>, 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 attengono:

- 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. 1, 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 antiriciclaggio 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.305<sup>ter</sup> 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. 305<sup>ter</sup> 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.